Die Beweislastlehre

nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch unter besonderer Berücksichtigung der §§ 929—936.

❖

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der rechts- und staats-
wissenschaftlichen Doktorwürde der

Hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Königl. Julius Maximilians-Universität Würzburg

eingereicht von

Kurt Mosbacher,
Rechtspraktikant aus Nürnberg

ACAD.
LUGD.BAT
BIBL.

❖

1913
Mannheim / J. Bensheimer / Leipzig

Referent:

Professor Dr. A. Mendelssohn Bartholdy.

Meinen lieben Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549801_0093

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung. Begriff und Wesen der Beweislast . . . 7

Erster Teil. Die Behandlung des Beweislastproblems in der Literatur 13

I. Die Theorien der Themenverteilung.
Der Beweis von positiven und negativen Tatsachen (Negativen-Theorie) 14

II. Die Theorie vom inneren und äußeren Tatbestand . 18

III. Die Theorien der Tatbestandsteilung.
1. Die Beweisbedürftigkeit der wesentlichen, regelmäßigen ursächlichen Bedingungen 20
2. Die beweisbedürftigen Tatsachen nach den Normentheorien 24
a) Die Theorie vom gesetzlichen Mindesttatbestand (Minimaltheorie) 24
b) Die Theorie Rosenbergs 27

IV. Spezielle Theorien.
1. Leonhard 27
2. Planck (Satzbautheorie) 29
3. Gautschi 30

Zweiter Teil: Die Beweislast nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch 33

I. Allgemeine Grundzüge.
1. Die Beweislast des Angreifers für die Entstehung seines Rechts 33
2. Umfang und Abgrenzung der Beweislast der Parteien im allgemeinen 36

II. Beweis der Normenvoraussetzungen im einzelnen.
1. Beweislast des Angreifers 40
a) hinsichtlich der spezifischen rechtsbegründenden Voraussetzungen 40
α) Begriff und Umfang 40
β) Ausnahmen von der Beweisbedürftigkeit spezifisch rechtsbegründender Tatsachen . . . 51
1. kraft Analogieanwendung 51
2. hinsichtlich der keimzerstörenden Tatsachen 59
b) hinsichtlich der allgemeinen Voraussetzungen . 64

Seite

α) Die Unbrauchbarkeit der Konstruktion von rechtshindernden Tatsachen für die Beweislastlehre 64

β) Die Beweisbedürftigkeit der allgemeinen Voraussetzungen im einzelnen 69

2. Beweislast des Angegriffenen 75

a) hinsichtlich der Aufhebungstatsachen 76

b) hinsichtlich der zivilrechtlichen Einredetatsachen 78

III. Die Vermutungen und ihre Stellung zur Beweislastlehre 83

IV. Die Auslegungsregeln in ihrer Stellung zur Beweislastlehre 88

Dritter Teil:

I. Die Beweislast in den Fällen der §§ 929—936 BGB. 92

1. Die Tatbestandsmerkmale der Einigung und Uebergabe 92

2. Das Tatbestandsmerkmal des guten Glaubens . . 94

a) in den §§ 932—935 94

b) im Falle des § 936 99

3. Das Tatbestandsmerkmal der anvertrauten Sache (§ 935 I) 100

II. Die Eigentumsvermutung des § 1006 und ihr Einfluß auf die Beweislastverteilung in den Fällen der §§ 929 bis 936 102

III. Beispiele 105

Schluß: Beweislast und Beweiswürdigung 108

Literaturverzeichnis.

Bähr: Iherings Jahrbücher für Dogmatik 25 394 ff.

Beckh: Die Beweislast nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch 1899.

Betzinger: Die Beweislast im Zivilprozeß mit besonderer Berücksichtigung des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 3. Aufl. 1910.

Bethmann-Hollweg: Versuche über einzelne Teile der Theorie des Zivilprozesses. 1827.

Brodmann: Lehre von der Beweislast, im Archiv für Zivilprozeß 98 66 ff. (1906).

Burckhard: Die zivilistischen Präsumptionen. 1866.

Du Chesne: Deutsche Juristenzeitung 1903; Seufferts Blätter für Rechtsanwendung 1910; Rheinische Zeitschrift 1913.

Danz: Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. 3. Aufl. 1911.

Fischer: Recht und Rechtsschutz (Beiträge zum Entw. des BGB., Heft 6 S. 105).

Fitting: Die Grundlagen der Beweislast, Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 13. 1889.

Gautschi: Beweislast und Beweiswürdigung bei freiem richterlichen Ermessen. Zürich 1913.

Hedemann: Die Vermutungen. 1904.

von Helmolt: Beitrag zur Lehre des Unterschiedes zwischen Klagableugnung und Einrede. 1852.

Kisch: In Zeitschrift für Zivilprozeß 30 532 ff. 1902.

Kitz: Das sogenannte qualifizierte Geständnis und seine Bedeutung für die Beweislast. (Heidelberger Dissertation 1913.)

Kreß: Zur Lehre von der Beweislast nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. (Münchener Dissertation 1899.)

Langenbeck: Die Beweisführung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten.

Langheineken: Anspruch und Einrede. 1903.

Leonhard, F. Die Beweislast. 1904.

Martinius: Behauptung und Beweislast bei der Negative und dem bedingten Vertrag (1902) und Archiv für bürgerliches Recht 24 48 ff. (1904); Archiv für bürgerliches Recht 25 157 ff. (1905).

Maxen: Beweislast. 1861.

Reinhold: Die Lehre vom Klaggrund, den Einreden und der Beweislast, 1888, (zitiert Reinhold S. ??) und Zeitschrift f. Zivilprozeß 20 113 ff. (1894).

Rizy: Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung. 1841.

Rosenberg: Die Beweislast nach der Zivilprozeßordnung und dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1900. (Zitiert: Rosenberg, Beweislast S. ??.) Zur Lehre vom sog. qualifizierten Geständnis in ArchZivPrax. 94 1 ff.

Schühly: Beweislast bei der auflösenden Bedingung und beim Vorbehalt. 1910. (Heidelberger Dissertation.)
von Seuffert: In Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 35.
Schneider: Vollständige Lehre vom rechtlichen Beweise. 2. Aufl. 1842.
Stölzel: Schulung für die zivilistische Praxis I., 8. Aufl., 1909; Recht **01** 303 ff.; **02** 571.
Wach: Die Beweislast nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Dekanatsprogramm, 1901; Zeitschrift für Zivilprozeß **29** 359 ff.; Vorträge über die Reichszivilprozeßordnung. 2. Aufl. 1896.
Weber: Verbindlichkeit zur Beweisführung. 1845.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1900.
Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch Bd. 1. 2. Aufl. 1908.
Dernburg: Das bürgerliche Recht.
Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts (Allgem. Teil). 1903.
Eneccerus, Kipp und Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
Hellwig: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts.
— System des Zivilprozesses.
Kisch: Deutsches Zivilprozeßrecht. 1911. (Göschen.)
Kleinfeller: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts.
Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1904.
Kohler, Holtzendorf: Enzyklopädie der Rechtswissenschaft Bd. 2.
Planck, J. W.: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts.
Rehbein: Das BGB. mit Erläuterungen.
Schmidt, R.: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 7. Aufl. 1901.
Unger: System des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuches Bd. 2.
Weismann: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts.
Wetzell: System des ordentlichen Zivilprozesses. 1878.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts.
Zitelmann: Der allgemeine Teil des BGB.

Außerdem die Kommentare zum BGB. von Planck, Staudinger und Oertmann; zur ZPO. v. (Gaupp-) Stein, Seuffert, Petersen-Anger.

Einleitung.

Begriff und Wesen der Beweislast.

Das Streben der Parteien geht im Zivilprozesse dahin, dem Richter die volle Ueberzeugung von der Wahrheit ihrer Behauptungen zu verschaffen, d. h. sie zu beweisen. Die Tätigkeit des Richters, der sich auf Grund der Darlegungen und Beweisführung der Parteien von dem Vorliegen eines konkreten Tatbestandes überzeugt hat, besteht dann darin, den Tatbestand unter die anzuwendenden Rechtsvorschriften zu subsumieren.

Die unseren Zivilprozeß beherrschende Verhandlungsmaxime überläßt es den Parteien, den zur Urteilsfällung erforderlichen Stoff beizubringen, und gebietet dem Richter, nur die von den Parteien vorgebrachten Tatumstände in seinem Urteil zu berücksichtigen. Eine Folge dieses Grundsatzes ist, daß außer den von den Parteien zur Kenntnis des Richters gebrachten Tatsachen weitere Tatsachen, die auf die Entscheidung von Einfluß sein könnten, als nicht vorhanden angesehen werden. Dies bedeutet einerseits negativ, daß der Richter, solange nicht alle behauptungsbedürftigen Voraussetzungen des klägerischen Anspruchs vorgebracht sind, nicht in der Lage ist, die begehrte Rechtswirkung zuzuerkennen, anderseits positiv, daß es Pflicht der Parteien ist, die Tatsachen, die bei der Entscheidung berücksichtigt werden sollen, vorzubringen und im Falle des Bestreitens der Partei zu beweisen,[1]) da sonst die generelle Fiktion: quod non in actis, non in mundo Platz greifen würde.[2])

Der Darlehensgeber, der auf Grund des § 607 BGB. die Rückerstattung des Darlehens verlangt, muß zunächst behaupten und nötigenfalls auch beweisen, daß der Schuldner wirklich das Darlehen erhalten hat. Vermag er dies nicht, vielleicht weil es ihm an Beweismitteln fehlt, so wird er abgewiesen. Wir sagen: Dies ist die Folge seiner Behauptungs- und Beweislast.

---

[1]) Eigentlich werden nicht Tatsachen bewiesen, sondern die Behauptungen derselben.

[2]) Vgl. Wach, Vorträge S. 152 ff.

In der Abweisung der Klage des beweisbelasteten Klägers als unbegründet liegt die wesentlichste Folge der Beweislast.[3]) Daraus ergibt sich, daß die Beweislast durch das Interesse der belasteten Partei charakterisiert wird: sie muß den Beweis führen, sonst geht ihr Prozeß verloren.

Die Wissenschaft definiert gewöhnlich die Beweislast als die für eine Partei bestehende praktische Notwendigkeit, noch nicht feststehende Tatsachen bei Meidung eines ungünstigen Urteiles im Prozesse zu behaupten und, soweit sie beweisbedürftig sind, zu beweisen.[4]) Dem innersten Wesen der Beweislast verleiht jedoch Wach den richtigen Ausdruck,[5]) wenn er sagt, der Beweisinteressent sei um seiner selbst willen, d. h. um im Prozesse zu siegen, mit dem Beweise bestimmter Tatsachen belastet, er müßte demnach unterliegen, wenn er sie nicht dartut. Denn unvereinbar mit dem Zweck unseres Zivilprozesses ist, daß der Richter sich mit einem non liquet begnügen könne, mit einer Entscheidung, die weder zuerkennt, noch abspricht. Vielmehr „bemißt sich nach der Beweislast, wer den Nachteil eines non liquet, der durch die erhobenen Beweise und Gegenbeweise nicht behobenen Ungewißheit einer Tatsache, zu tragen hat".[6]) Die Lehre von der Beweislast gibt uns also die Antwort auf die Frage, wer die Verantwortung trägt, wenn es im Prozesse zweifelhaft bleibt, ob der Tatbestand eines bestimmten Rechtssatzes gegeben ist, wenn z. B. im konkreten Falle weder Erfüllung noch Nichterfüllung der Schuld, wenn weder Geisteskrankheit bei Abschluß des Vertrages noch Geistesgesundheit, wenn weder die Schuld noch die Unschuld feststeht.[7])

Ausgesprochen und vor allem aufgestellt ist der Grundsatz der Verteilung der Beweise weder in der Zivilprozeß-Ordnung noch im BGB. Beide Gesetze geben aber deut-

---

[3]) F. Leonhard S. 147 f.

[4]) So schon Fitting ZZP. 13; Reinhold, ZZP. 20 131; Kleinfeller S. 313.

[5]) ZZP. 29 360. Mit Rücksicht auf jenen Sieg läßt Wach mit Recht Beweislast nur im zivilprozessualisch gearteten Verfahren bestehen und verneint sie vorzüglich für den Strafprozeß und das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, wo die Amtspflicht die Wahrheitserforschung gebietet. Ebenso Gaupp-Stein zu §§ 242 IV 2; Seuffert, ZZP. 35 109; a. M. Beckh S. 12, 104; Rosenberg S. 8 Abs. 4, S. 10; du Chesne, RheinZ. 1913 S. 206 ff., hinsichtlich der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

[6]) RG. 44 141.

[7]) Leonhard S. 143; Endemann 1 479.

lich zu erkennen, daß sie ihn als bestehend voraussetzen. In folgenden Fällen hat das BGB. die Beweislast ausdrücklich geregelt: §§ 179, 282, 345, 358, 363, 442, 542 III, 636 II, 2336 II, 2338, 2.

Von Interesse ist, daß in die neue ungarische Zivilprozeßordnung von 1911, die auf unserer deutschen und der österreichischen Zivilprozeßordnung aufgebaut ist, in § 269 eine das Wesen der Beweislast berührende Norm Aufnahme gefunden hat. Sie lautet:[8]) „Die Beweislast trifft jene Partei, in deren Interesse es gelegen ist, daß die behauptete Tatsache vom Gericht als wahr angesehen werde." Mit dieser gesetzlichen Norm allein wäre für die Beweislastlehre nichts gewonnen; da eigentlich jede Partei ein Interesse daran hat, daß ihre Alternative bewiesen wird, so wissen wir nicht, welcher Partei die Unmöglichkeit eines Beweises zur Last gelegt werden soll.[9]) Daher fährt § 269 fort: „Infolgedessen sind jene Tatsachen, welche zur Begründung eines Rechtes dienen, von derjenigen Partei zu beweisen, welche das Recht geltend machen will; dagegen sind jene Tatsachen, welche das Zustandekommen des geltend gemachten Rechtes ausschließen oder dieses Recht aufheben, von derjenigen Partei zu erweisen, welche die Geltendmachung des Rechts bekämpft." Ob und in welcher Form diese Grundsätze auch für unser Recht Anwendung finden können, wird sich im Verlauf der Darstellung zeigen. Eines jedoch ersehen wir aus ihnen: Aus der Verhandlungsmaxime ergibt sich nur, daß die Parteien zu beweisen haben, nicht welche Partei.[10]) Demnach kann uns nur das materielle Recht lehren, welche die beweisbedürftigen, rechtsbegründenden, — aufhebenden oder — ausschließenden Tatsachen sind, m. a. W. für wessen Antrag der Beweis einer bestimmten Tatsache Bedingung des Erfolges ist. So bildet denn besonders das BGB. die Quelle unserer Beweislastlehre.[11])

Die Lehre der Beweislast führt also zu eingehender Analyse der Normvoraussetzungen.

Klar ist, daß eine Partei nur die Tatsachen beweisen muß,

---

[8]) In der Uebersetzung von Al. Schmidt, Budapest.

[9]) Vgl. Fischer, Recht und Rechtsschutz S. 19; Leonhard S. 51.

[10]) Vgl. Rosenberg S. 35 ff.

[11]) Vgl. Kleinfeller, Der Umfang der Beweislast, welche jede einzelne Partei trifft, hängt ab vom Inhalt der Vorschriften des bürgerlichen Rechts.

die sie nach materiellem Recht zu behaupten hat,[12]) klar ist, daß nur Behauptetes bewiesen wird, doch sicher ist auch, daß nicht alles, was behauptet, auch bewiesen werden muß.[13]) Hinsichtlich des letzteren, daß Behauptungs- und Beweislast sich nicht decken, ist zu erwägen, daß nicht alles, was die Partei logischerweise zur Begründung ihres Antrages behaupten muß, sie auch beweisen muß, um zum Siege zu gelangen;[14]) so braucht auch der Gläubiger, der nach § 345 BGB. Nichterfüllung behauptet, sie, wie wir noch sehen werden, nicht zu beweisen. Vor allem jedoch bezieht sich die Beweislast nur auf die beweisbedürftigen Tatsachen, d. h. nicht auf die beim Gericht offenkundigen, sowie zugestandenen, sondern nur auf die vom Gegner bestrittenen Tatsachen. Die Bedeutung der Behauptungslast zeigt sich also in den Fällen besonders, in denen ein Beweis für behauptete Tatsachen gar nicht erforderlich ist, z. B. dann, wenn der Beklagte in dem Termin zur mündlichen Verhandlung nicht erscheint (§ 331 I ZPO.) oder nicht verhandelt (§ 220 II ZPO.).

Im einzelnen ergibt sich, daß Gegenstand der Behauptungs- und Beweislast nicht die abstrakten Begriffe bilden, sondern bestimmte konkrete Geschehnisse, welche unter jene Begriffe fallen,[15]) denn lediglich sie bilden den Tatbestand des einzelnen zur Entscheidung stehenden Falles.[16])

Zu der von uns dargelegten Auffassung von der ausschlaggebenden Bedeutung des materiellen Rechts für die Beweislastverteilung führt uns auch die allgemeine Erwägung, daß eigentlich jeder Gesetzgeber, der eine materielle Regelung der Lebensverhältnisse gibt, indem er an einen gedachten Tatbestand seine Befehle anknüpft, bei der Setzung seiner Normen gleichzeitig durch eine Verteilung der Beweislast darauf Bedacht zu nehmen hat, daß der Verwirklichung seiner Rechtsbefehle im Falle des Prozesses nicht zu viel Schwierigkeiten im Wege stehen.[17])

---

[12]) Uebereinstimmend die Motive zur OeZPO. S. 201.

[13]) Vgl. Wach S. 387; a. M. Leonhard S. 145.

[14]) Vgl. hierzu auch Gautschi S. 101 f.

[15]) Vgl. Brodmann S. 68 ff.; Kleinfeller S. 313; Leonhard S. 191 ff.; a. M. Wach, der bestreitet, daß die Beweise sich nicht unmittelbar auf das Recht richten können.

[16]) Danz, Ausl. S. 37.

[17]) Vgl. Brodmann S. 138 f.; ganz anderer Ansicht Gautschi S. 30.

Wenn es die Redaktoren unseres BGB. allerdings unterlassen haben, mit Rücksicht auf die wissenschaftliche Behandlung, die das Beweislastproblem von jeher erfahren hat, eine allgemeine Regelung der Beweislast zu geben, so haben sie sich doch bemüht, die Verteilung derselben bei der Behandlung jeder einzelnen Materie, sei es ausdrücklich, sei es durch die Fassung, anzudeuten (Protokoll 6 384). In der Berücksichtigung dieser Momente können wir denen nicht zustimmen, denen die Fassung des Gesetzes wenig oder nichts bedeutet für die Behandlung der Beweislastfrage, wenn wir auch denen nicht beipflichten, die in übertrieben formalistischer Weise in der Fassung geradezu eine gesetzliche Normierung der Beweislast sehen.[18]) Nicht bleibt es uns erspart, nach einem wissenschaftlichen Prinzip der Beweislastverteilung zu forschen,[19]) doch können wir dabei unmöglich der Hilfe entbehren, die uns das Gesetz selbst bietet. Einig sind wir daher mit Düringer,[20]) daß der Gesetzgeber, wenn er nicht geglaubt hätte, durch die Anordnung der Fassung einen deutlichen Anhaltspunkt dafür zu geben, wie er die Beweislast verteilt sehen will, öfters, als er es wirklich getan, eine ausdrückliche Bestimmung über dieselbe aufgenommen hätte.

Mangels solcher ausdrücklicher Regelung der Beweislast im einzelnen ergibt sich als einer unserer wesentlichsten Aufgaben, den im Gesetz zum Ausdruck gebrachten Willen des Gesetzgebers zu erforschen und weniger nach einem einheitlichen Erklärungsgrund der Beweislasterteilung zu forschen, als die eigentlichen Verteilungsnormen festzustellen. So fragen wir denn in erster Linie: welcher auf die Beweislast bezügliche Wille ist in der Norm herrschend geworden, wenn er auch in ihr einen nur unvollkommenen, ja schwer erkennbaren Ausdruck gefunden hat? Es wäre irrig, in Mißachtung des Gesetzeswillen, der auch für die Verteilung der Beweislast souverän ist, der Auffassung zu huldigen, als wolle der Gesetzgeber nur „Worte“ schaffen, aus denen dann andere „einen Gedankeninhalt“ entnehmen können.[21]) Diese Auffassung hat in unserer Lehre dazu geführt,

---

[18]) Ebenso Eneccerus 1 116.

[19]) Mit Unrecht sagt Kisch S. 531, man müsse sich bei der Frage der Beweislast bescheiden, mit der Einsicht, daß hier mannigfache, zum Teil sehr verschiedene Gesichtspunkte maßgebend sind; vgl. Brodmann S. 67 f.

[20]) Vgl. Recht 05 577.

[21]) Kohler, Lehrbuch 1 124 ff.

außerhalb des Gesetzes nach einem „obersten Prinzip“ zu suchen, nach dem dann im Einzelfalle eine Verteilung der Beweise vorzunehmen war.

Wir entwickeln in folgendem die Beweislastlehre an Hand des BGB. Dabei wird für unsere Darlegung der Gedanke leitend sein, dem Ideale, das Hamm in den Verhandlungen des deutschen Juristentages (2 317) und Stölzel (Schulung, 5. Aufl., S. 21) der Beweislastregelung zum Ziele setzen, zu dienen, nämlich der Förderung der Rechtssicherheit durch Konsequenz in der Beweislastverteilung.

I. TEIL.

Die Behandlung des Beweislastproblems in der Literatur.

Sämtliche Autoren unserer Lehre sind überzeugt von der Notwendigkeit der Beweislastverteilung. Ausgehend von dem Gedanken, daß man von dem Kläger nicht den Beweis aller positiven und negativen Prämissen seines Rechts verlangen könne, wenn man nicht den Rechtsschutz illusorisch machen wolle, trennen sie sich sogleich in der Aufstellung eines Erklärungsgrundes.[1]) Teils erklären sie die Verteilung der Beweislast unter den Parteien als eine Regel ausgleichender Gerechtigkeit und Billigkeit, teils als ein Gebot der Logik.

Der Schwerpunkt des Beweislastproblems liegt vor allem in der Frage nach dem Umfang der Beweislast, d. h. in der Frage nach dem „wieviel", m. a. W. in der Frage, ob nicht einerseits von der Beweislast des Gegners gewisse Entstehungstatsachen ausgeschieden werden und wie diese beschaffen sein müssen, daß deren Nichtvorhandensein zu beweisen dann dem Beklagten zur Last fällt, und ob nicht anderseits der Beklagte in gewissen Fällen befreit ist vom Beweise bestimmter Tilgungstatsachen. In dieser Frage herrschen die größten Gegensätze. Wenn z. B. eine Rechtsnorm verlangt, daß die Wirksamkeit eines Kaufes der Geschäftsfähigkeit der Kontrahenten, der Uebereinstimmung des Willens mit der Erklärung bedarf, so gehören diese Tatsachen ebenso zu den rechtsbegründenden Tatsachen wie die Bezeichnung der Ware und die Einigung über den Kaufpreis. Gleichwohl bilden sie nach einer weitverbreiteten Ansicht nicht ein Beweisthema des Klägers, während eine andere Lehre gerade den Beweis dieser Tatsachen vom Kläger verlangt. Die verschiedensten Wege wurden eingeschlagen, um zu einem allumfassenden einheitlichen Prinzip zu gelangen. Nach Leonhard[2]) unterscheiden wir hauptsächlich

---

[1]) Vgl. Wach, Vorträge S. 210 f.; ZZP. 29 386.

[2]) S. 53.

zwei Methoden, die in der Literatur hervorgetreten sind. Die eine, die „Themenverteilung", ist dadurch charakterisiert, daß gewisse Themen bestimmten Inhalts unabhängig von der Stellung, die sie im Tatbestand einnehmen, außerhalb der zu beweisenden Tatsachen liegen sollten, so daß z. B. der Beweis der Fortdauer eines Rechtszustandes als eines „hervorgehobenen Themas" nicht dem Behauptenden zur Last falle. Die Schriftsteller der andern Methode der „Tatbestandsteilung" legen ihren Betrachtungen den einzelnen konkreten Tatbestand zugrunde und teilen ihn auf Grund ihrer Analyse in zwei ungleichwertige Teile; sie scheiden z. B. einen Tatbestand so, daß Geistesgesundheit bei der Frage der Gültigkeit eines Vertrags nicht zu dem eigentlich rechtsbegründenden Tatbestand gehört und infolgedessen der Beweis des Fehlens desselben dem zur Last fällt, der ihr Vorhandensein bestreitet.

Die Schriftsteller der ersten Kategorie gelangen zu ihren Ergebnissen meist auf Grund allgemeiner abstrakter Rechtsgedanken und stellen eine Art idealer Beweislastverteilung auf, so daß die von ihnen gefundenen Sätze, eines universalen Charakters nicht entbehrend, eigentlich nicht nur für unser deutsches Recht Geltung haben sollten, sondern ebensogut für jede andere ausländische Rechtsordnung, die überhaupt das prozessuale Institut der Beweislast in dem Umfang wie wir kennen. Die Autoren der zweiten Kategorie sind besonders auch deshalb in eine Gruppe zu bringen, weil sie in enger Anlehnung an das geltende objektive Recht ihre Beweislastregeln entwickeln und damit einer realen Beweislastverteilung näher getreten sind.

Neben diesen beiden großen Gruppen gibt es noch eine Reihe von Schriftstellern, die in der Durchführung eigengearteter Prinzipien und Grundgedanken eine in sich einheitliche Beweislastregelung zur Darstellung zu bringen suchen.

I. Die Theorien der Themenverteilung.

1. Der Beweis von positiven und negativen Tatsachen (Negativen-Theorie).

Aus zwei römischen Gesetzesstellen, der des Paulus (L. 2. D. de prob. 22, 3): Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat, und der K. Diokletians und Maximilians in L. 23 C. de prob. 4 19: actor quod adseverat, probare se non posse profitendo reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit:

cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit hat eine früher weitverbreitete Theorie (Negativen-Theorie oder Theorie von der bloß affirmativen Beweislast) den Grundsatz abgeleitet, daß nur positive Tatsachen, nicht aber Verneinungen des Beweises bedürften: affirmanti, non neganti incumbit probatio.[1]) Als Urheber dieser Theorie sind die Glossatoren anzusehen, von denen insbesondere Irnerius seine Ansicht damit begründet, daß er den Beweis von Negativen für unmöglich erklärt: sed illud quod negatur, non est et sic non potest probari, cum non habeat species vel differentias; er folgert daraus, daß derjenige, der eine Negative in den Prozeß einführt, von der Beweislast dafür frei sein solle.[2]) Schon frühzeitig wurde diese Theorie „von der bloß affirmativen Beweislast" als unrichtig bekämpft, besonders von Weber,[3]) der dartut, daß Negativen wohl bewiesen werden könnten. Weiterhin wird verschiedentlich[4]) gegen diese Theorie ins Feld geführt, daß, selbst wenn einmal es unmöglich sei, eine negative Tatsache zu beweisen, dies noch nicht dazu berechtige, dem Gegner den Beweis des Positiven aufzuerlegen. Dann greife eben die allgemeine Regel der Beweislast platz; die beweisbelastete Partei muß den Schaden tragen. Allgemein macht man daher der Negativen-Theorie den Vorwurf, daß der Begriff der Thatsache und der Begriff des Gegenteils der Negative so schwankend und unsicher sei, daß ihnen die Entscheidung für das ganze System der Beweislastverteilung nicht anvertraut werden könne. So stellt man heute lediglich fest, daß nach diesen Sätzen zunächst der Kläger seine Klagebehauptung, unter Umständen auch der Beklagte seine Behauptung beweisen müsse, daß aus ihnen jedoch nicht hervorgeht, warum und in wie weit jede Partei die Beweislast trifft.[5])

Die meisten Schriftsteller führen nun zugunsten der bekämpften Beweislastverteilung noch andere Gründe an; so sucht Kori (ArchZivPrax. S 91) den Satz, daß Negativen keines Beweises bedürften, damit zu begründen, daß ein bloßes Nichtgeschehen nicht kausal sei und daher als Voraussetzung einer Rechtswirkung nicht in Betracht kommen könne. Gegen

---

[1]) Vgl. Leyser, medit ad pand. sp. 255.

[2]) Accursius ad L. 23 C. de prob. 4, 19.

[3]) S. 187 f.

[4]) Vgl. RG. 1 359; Leonhard S. 56; Rosenberg S. 116.

[5]) Kleinfeller S. 315.

diese Begründung führt Rosenberg[6]) an, daß es zwar richtig sei, daß negative Voraussetzungen im Rechtsleben nicht kausal wirkten, doch sei dies ebenso bei den positiven der Fall. Denn nicht der bestimmte negative oder positive Umstand, bei dessen Vorhandensein eine Rechtswirkung zuerkannt wird, sei als kausal hierfür zu betrachten, sondern lediglich der in der Rechtsnorm liegende Wille des objektiven Rechts. Auch Wach und Leonhard verwerfen den Satz, daß Negativen keine Wirkungen haben können, mit dem einfachen Hinweis darauf, daß im Pflichtenbereiche jedenfalls diese Vorstellung von der Wirkungslosigkeit des Unterlassens der Negative unrichtig sei.[7])

Einen scharfsinnigen Verteidiger hat die Negativen-Theorie in Fitting gefunden,[8]) dessen Darlegungen durch Schneider[9]) und Rizy vorbereitet wurden.

Fitting stellt an die Spitze den Satz, daß es Verhältnisse gebe, die ihrer Natur nach keiner Feststellung bedürfen. Als eine nichtbeweisbedürftige Behauptung stellt er die Annahme des Fortbestehens eines bisherigen Zustandes hin, also die Negation einer Veränderung. Die Veränderung selbst (das Positive) zu beweisen fällt dem zur Last, der sie behauptet: „Nach dem Gesetze der Kausalität vermögen wir uns keine Wirkung, d. h. kein Geschehen, Werden, Verändern zu denken, ohne wirkende Ursache und ebenso vermögen wir eine Veränderung eines bisherigen Zustandes anzunehmen ohne neuen, bestimmenden Grund". Es leuchtet denn auch ein, daß, wenn kein Grund für die Annahme einer Veränderung besteht, notwendig die Fortdauer des bisherigen Zustandes angenommen werden muß. Daraus folgt von selbst, daß die Berufung auf die Fortdauer des bisherigen Zustandes ihrer Natur nach keiner besonderen Feststellung bedarf, daß also das Gericht diese Fortdauer annehmen muß, wenn der Eintritt einer Veränderung entweder gar nicht behauptet oder zwar behauptet, aber nicht festgestellt wird." Diese Erkenntnis findet sich in der alten Regel: affirmanti non neganti incumbit probatio.

[6]) Beweislast S. 117; ZZP. 32 483.

[7]) Leonhard S. 56; Wach, ZZP. 29 384: „Alle Betrachtungen gehen fehl, die mit dem Satz: „aus Nichts wird Nichts" operierend dem Unterlassen die Eigenschaft der Tatsache bestreiten und aus dem Beweise des Entstehens, das „negantis nulla est probatio" glauben ableiten zu dürfen". Vgl. auch Kreß S. 33; Rosenberg S. 117 Abs. 2.

[8]) S. 18 f.

[9]) §§ 15 f., Vollständige Lehre vom rechtlichen Beweise.

Gegen diese Darlegung wendet sich Wach[10]) und macht ihr hauptsächlich zum Vorwurf, daß sie Objektives und Subjektives verwischt. Wenn subjektiv ein Anhaltspunkt für eine Veränderung nicht erbracht ist, so folgt daraus nicht objektiv, daß eine Veränderung auch wirklich nicht eingetreten ist. Kreß (S. 28 f.) wiederum führt gegen die Fittingsche Behauptung, daß gewisse negative Tatsachen keines Beweises bedürfen, an, daß sie keineswegs den als Beweisregel aufgestellten Satz rechtfertige, daß Kläger und Beklagter ausschließlich die Beweislast für jene positiv eine Veränderung eines Zustandes in sich schließenden Voraussetzungen tragen.

Nicht vom Kausalitätsgesetz, sondern vom Trägheitsgesetz (wo keine Ursache hinzukommt, tritt keine Veränderung ein) geht Martinius aus[11]) und stellt als Grundzüge seiner Lehre von der Beweislast zwei Sätze einander gegenüber.

1. „Positive sind von demjenigen zu beweisen, dessen Antrag nach dem Gesetz als berechtigt erscheint".

2. „Negative sind ausnahmsweise von demjenigen zu beweisen, dessen Antrag nach dem Gesetz beim Nichteintritt einer gesetzlichen Positive als berechtigt erscheint". Zur Durchführung seiner Theorie stellt Martinius zahlreiche Vermutungen auf; so kommt er begreiflicherweise zu dem Schlusse, daß jener Satz ei incumbit probatio qui ditit non qui negat nicht mehr als etwas Selbstverständliches besage.

Von den neuern Schriftstellern ist noch Beckh[12]) zu erwähnen, der, wenn er auch zugibt, daß Negativen-Beweis vorkomme, doch die Fälle, in denen Negatives bewiesen werden muß, im Vergleich zu den anderen Fällen als Ausnahmen behandeln will. Als oberstes Prinzip der Beweislastverteilung denkt er sich den Satz, daß jede Partei grundsätzlich nur Tatsachen zu beweisen habe. Hierbei scheidet er Tatsachen einerseits und Verneinungen von Tatsachen anderseits. Tatsache ist ihm „Alles, was wahrnehmbar in die Erscheinung tritt." Die „Tatsachen" die er in Vorgänge (Handlungen und Ereignisse) und Zustände

---

[10]) ZZP. 29 385. Beispiel: Bei der condictio indebiti brauche nach F. derjenige, der die Nichtschuld geltend macht, nur einen Zustand beweisen, indem er dem Beklagten nichts schuldig gewesen wäre. Die Veränderung dieses Zustandes müßte dann der Beklagte beweisen.

[11]) ArchBürgR. 24 50 f.; vgl. hierzu Recht 03 11 f.; Fitting S. 28; Hedemann S. 171 ff.

[12]) S. 57 ff.

teilt, sind ihm das Positive. Hinsichtlich der Zustände sei zu beachten, daß nur in ihrem Eintritt ein kausales Moment liege, während in der Fortdauer eines einmal eingetretenen Zustandes nicht Kausalität, sondern Beharrungsvermögen zu Tage trete. Im Verhältnis zum Eintritt sieht Beckh in dieser bloßen Fortdauer eines einmal eingetretenen Zustandes lediglich ein negatives Moment. Erst das Aufhören dieses Zustandes, seine Veränderung bzw. der Eintritt eines neuen Zustandes würde wieder ein positives und damit ein beweisbedürftiges Moment, eine „Tatsache" im Sinne Beckhs, bedeuten, denn Beckhs Ansicht geht dahin, daß eine Partei nur dasjenige zu beweisen habe, was wirklich Tatsache sei, also affirmanti incumbit probatio.

II. Die Theorie vom innern und äußern Tatbestand.[1])

Wie die Negativen-Theorie bei den Voraussetzungen eines Rechts positive und negative scheidet und dann letztere für nicht beweisbedürftig erklärt, so teilt sie Burckhard und Langenbeck in äußere und innere. Für die Beweislastverteilung hat dies die Bedeutung, daß der Beweis der „äußeren" Entstehungsbedingungen dem Kläger zur Last fallen sollen, während dem Beklagten die Beweislast bezüglich derjenigen treffe, welche zu diesen äußeren Merkmalen nicht gehören. Helmolt hat bereits „äußere", die in die Erscheinung tretenden Elemente des Rechtsverhältnisses, von den übrigen unterschieden. In eine Detaillierung derselben läßt er sich nicht ein. Als äußere Merkmale erscheinen solche, die als Teile eines Tatbestandes den Sinnen wahrnehmbar in Erscheinung treten, also bei einem Vertrag die äußere Form, bei einem Darlehen die sinnenfällige Uebergabe des Geldes, nicht aber die Willenseinigung oder Geschäftsfähigkeit. Der Grundgedanke ist eben der, daß überall der äußere Anschein entscheidend sein solle. Langenbeck begründet diese Ansicht damit, daß er sagt, wie im Rechtsleben, so müsse auch im Prozeß regelmäßig den äußeren Merkmalen vertraut und nach ihnen geurteilt werden.

In ähnlicher Weise begründet Burkhard seinen Standpunkt in den Worten: „Was äußerlich ohne Mangel existiert, trägt die Berechtigung seiner Existenz in sich, bis ihm die Existenz und damit die derselben zukommende Wirkung bestritten, bis die Existenz vernichtet wird" (S. 156).

---

[1]) Helmolt, Beiträge usw. §§ 133 f.; Langenbeck, Beweisführung S. 279 f.; Burckhard S. 151 f.; Endemann, Lehrbuch 1 § 87 d.

Von der Kritik wird die Behauptung Langenbecks, daß im Rechtsleben regelmäßig nach äußeren Merkmalen geurteilt werde, für unrichtig erklärt.[2]) Höchstens will man nur in den vorgeführten Regeln Einzelregeln, von Ausnahmen durchbrochen, erblicken; den eigentlichen Grund der Beweislastverteilung vermag man aus ihnen nicht zu entnehmen. Leonhard besonders macht darauf aufmerksam, daß die Schriftsteller dieser Theorie von den äußeren Merkmalen ganz Verschiedenes verständen; die einen meinten diejenigen Merkmale, die beim Tatbestand in konkreto als wahrnehmbar erschienen, während die anderen diejenigen im Auge hätten, die im Augenblick der Erscheinung schon bei äußerer Betrachtung hervortreten. Ebenso wendet Betzinger ein (S. 72), daß sich die Begriffe von äußern und innern Tatsachen als Bedingung der Entstehung eines Anspruchs nicht feststellen lassen, ganz abgesehen davon, daß oft der Beweis einer zweifellos innern Tatsache vom Kläger verlangt wird.[3])

Rosenberg (S. 120 ff.) sieht jedoch in der Auffassung, daß jede Partei nur die äußeren Merkmale ihres Begehrens zu beweisen habe, etwas Richtiges insoferne, als in allen Fällen, in denen jemand auf Verhältnisse seinen Anspruch gründet, er dieselben nur darzulegen habe, wie sie äußerlich erschienen, während dem in Anspruch Genommenen der Beweis obliegt, daß das Ereignis oder die Handlung anders war und anders hätte aufgefaßt werden müssen. Dies ist von Bedeutung, besonders wenn es sich um Beweis von Willenserklärungen handelt oder von Rechtsvorgängen, die durch öffentliche Bücher oder Privaturkunden schon äußerlich dokumentiert werden.

In einem gewissen Zusammenhang mit den Ideen von Burckhard-Langenbeck steht die Besitzstandslehre Endemanns,[4]) insofern sie darin gipfelt, daß, wer im Zustande des Besitzes sei, der Angegriffene sei und den Beweis des Angreifers abwarten könne. Dem Besitzstande gleich wird bei allen Rechtsverhältnissen der normal begründete äußere Tatbestand angesehen, so daß derselbe solange als wirksam angesehen wird, bis der Angreifende einen zerstörenden inneren Mangel oder eine Aufhebungstatsache nachgewiesen hat.

---

[2]) Vgl. Leonhard S. 73; Reinhold S. 59.

[3]) Vgl. Motive zum BGB. 1 383.

[4]) Lehrbuch 1 496 f.; ähnlich auch Beckh; ebenso Kitz (Heidelberger Diss. 1913) S. 19.

Diesen Ausführungen steht man in der Literatur ziemlich zurückhaltend gegenüber. Was ist überhaupt Besitzstand?, welcher Besitzstand ist zu schützen? Er wird als eine zu schwankende Größe angesehen, um als oberstes Prinzip einer Beweislastverteilung zu dienen. Mit dem allgemeinen Gedanken, die Ruhe zu schützen und ihren Störer ungünstiger zu stellen als den Angegriffenen, ist nicht viel anzufangen.[5])

Zusammenfassung: Die bisher vorgetragenen Ansichten haben das Gemeinsame, daß nach ihnen die Beweislastverteilung vorgenommen wird, unabhängig davon, welche Stellung selbst die betreffende Tatsache im Tatbestand der anzuwendenden Norm einnimmt. Lediglich das innere Wesen des zu beweisenden Umstandes selbst, seine Beschaffenheit, sei es, daß er sich darstellt als etwas Positives oder etwas Negatives, sei es, daß er geeignet ist, eine Veränderung eines Zustandes herbeizuführen oder das Bestehende nur fortdauern läßt, sei es, daß er äußerlich in Erscheinung tritt oder nur ein inneres Moment bildet; lediglich diese Merkmale sollen darüber entscheiden, ob die betreffende Tatsache Beweisthema der einen oder anderen Partei sein soll. Diese einseitige Betrachtungsweise als solche wird seltsamerweise wenig oder gar nicht bekämpft.

III. Die Theorien der Tatbestandsteilung.

1. Die Beweisbedürftigkeit der wesentlichen, regelmäßigen, ursächlichen Bedingungen.

Der Frage, welche denn eigentlich die Tatsachen sind, welche beim Vorliegen eines jeden einzelnen Tatbestandes zur Beweislast des Klägers und Beklagten stehen, wurde zuerst von Weber nähergetreten. Er zerlegt jeden einzelnen Tatbestand in zwei Teile, indem er festzustellen sucht, welche Tatsachen vom Kläger als „Klagegrund", welche vom Beklagten als „Einwendung" zu beweisen sind. Zunächst stellt er als allgemeine Verteilungsregel den Satz auf: „Wer ein Recht oder eine Befreiung von Rechten oder Anmaßungen anderer ganz oder teilweise mit Erfolg vor Gericht geltend zu machen sucht, ist schuldig, die noch ungewissen Tatsachen, deren Wahrheit das Recht oder die Befreiung voraussetzt, zu beweisen."[1]) In der Erkenntnis jedoch, daß der Begriff einer Befreiung von

---

[5]) Vgl. Hedemann S. 163 f.

[1]) S. 86 f.

Rechten oder Anmaßungen des Gegners ein viel zu unbestimmter ist, um hierfür ein sicheres Prinzip abzugeben, hat Weber dargelegt, daß zum Beweis eines Rechtes der Nachweis dessen genüge, was in bezug auf dieses Recht wesentlich ist. Wer ein Recht in Anspruch nehme, sei daher befreit von der Beweislast hinsichtlich der allgemeinen Voraussetzungen aller Rechte.

Dem Ergebnis dieser Ausführung schließt sich Bethmann-Hollweg[2]) an, wenn er auch mit der Weberschen Begründung nicht einverstanden ist. Er geht davon aus, daß der Kläger ein wirklich entstandenes und gegenwärtig noch bestehendes Recht geltend mache und daß nur, wenn alle Voraussetzungen für den Rechtserwerb gegeben seien und keine Tatsachen vorlägen, die das Recht in seiner Entstehung behindert oder nach seiner Entstehung vernichtet haben könnte, ihm eigentlich ein Anspruch zuerkannt werden könnte. Rechtserzeugend seien jedoch nur die dem Recht eigentümlichen, wesentlichen Entstehungsbedingungen; alle anderen Tatsachen, die zur Entstehung eines Rechts erforderlich wären, seien rechtshindernd und nicht vom Kläger zu beweisen.

Besonders hervorzuheben ist jedoch, daß Bethmann-Hollweg der erste war, der in dem Gegensatz von Ausnahme und Regel[2]) innerhalb der einzelnen Tatbestandsmerkmale einen wesentlichen Faktor der Beweislastverteilung sieht. Auf diesen Bahnen schreiten fort Heffter (Zusätze usw. S. 218 f.); Römer (Irrtum S. 17 f.), Wetzell (System § 17), Unger (System S. 454), Savigny (System 5 154), Kohler (Enzykl. 2 112), Reinhold (S. 36), Eneccerus, Kreß (S. 100).[3]) Der Entwurf eines BGB. hat deren Beweislastdarlegungen im § 194 folgendermaßen zusammengefaßt: „Wer die Entstehung eines Rechts behauptet, muß die ihr zugrunde liegenden Tatsachen, und zwar nach den im Gesetz regelmäßig dabei hervortretenden Momenten, beweisen. Das Dasein irgendwelcher Tatbestände, welche der regelmäßigen Wirkung der erwiesenen Tatumstände hindernd entgegenstanden, muß von der Gegenpartei,

---

[2]) Versuche usw S. 335 f. „Die Abwesenheit aller der Hindernisse, die möglicherweise der Begründung des Rechts in den Weg treten könnten, braucht der Berechtigte nicht darzutun, da er die Regel für sich habe."

[3]) Neuerdings auch von du Chesne, RheinZ. 13 206 ff., 225, zur Grundlage einer Beweislastverteilung im Zivilprozesse und im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit gemacht.

die sich darauf beruft, bewiesen werden.“ Die „Regel“ bildet jedoch nicht die Mehrzahl einzelner Fälle, nicht, wie man meinen könnte, die im Leben nach Wahrscheinlichkeitsberechnung häufigsten Fälle, sondern nur das, was unmittelbar aus dem Begriff eines Rechts oder Rechtsgeschäftes als Regel für die Entstehung eines Rechts abgeleitet werden kann; freilich kommt dies nicht bei allen klar zum Ausdruck. So tritt z. B. bei Fitting neben die Frage, was das Normale im rechtlichen Sinne sei, ganz unvermittelt die Frage auf, was das Normale im menschlichen Sinne sei; dieses solle „aus der Regel des Lebens beantwortet werden“.

Als Hauptargument führt Wach[4]) gegen diese Unterscheidung aus, daß auch die sogenannte Ausnahmeregel Regel und vielfach das Häufigere sei. Betzinger bekämpft diese Abgrenzung von Regel und Ausnahme für die Beweislastverteilung als eine nicht mögliche; die ganze Theorie substituiere eine unbekannte Größe durch eine ebenso unbekannte andere Größe. Ferner wird ihr zum Vorwurf gemacht, daß sie viel zu weitgehend sei; es sei völlig unmöglich, von den eigentlich wirkenden Voraussetzungen alle allgemeinen Erfordernisse, wie Erklärung und Wille, auszuschließen.[5])

Eine weitere Gruppe von Schriftstellern, die ebenfalls sich in den Bahnen Bethmann-Hollwegs bewegen, glaubt Leonhard abscheiden zu müssen, weil in ihren Begründungen die kausale Wirkung der Rechtsvoraussetzungen eine große Rolle spiele. Nach ihnen sollten die ursächlichen Erfordernisse allein bewiesen werden, nur die causa efficiens, nicht die conditio sine qua non. Leonhard legt dar (S. 83), daß aus der Kausalität sich nicht die wesentlichen und die besonderen Voraussetzungen trennen ließen, so sei z. B. guter Glaube ebenso wesentlich bei der Ersitzung wie der Besitz. Auch gegen die Ansicht wendet er sich, die das als Ursache betrachten will, was regelmäßig den Erfolg herbeiführt. Sie wird vertreten von Enecerus,[6]) Cosack[7]) und auch von Wach, der die

---

[4]) Lehrbuch 2 § 171; dagegen Kreß S. 43.

[5]) Vgl. besonders Fitting S. 6 f.; Betzinger S. 71; Kreß S. 42 f.; Leonhard S. 80 f.

[6]) Lehrbuch 1 562 f.: „Zum Klagegrund gehören die Tatsachen, aus denen normalerweise die Entstehung des Anspruchs zu folgern ist.“

[7]) Lehrbuch 1 351 f.: „Die Tatsachen sind zu beweisen, aus denen sich bei regelmäßigem Gang der Dinge ergibt, daß ein Recht entstanden ist.“

Tatsachen für beweisdürftig hält, welche nach dem verständigen Ermessen eines erfahrenen Mannes zur Annahme des Bestehens des Rechtes führen. Diese Schriftsteller scheiden dann diejenigen Tatsachen, die nicht unmittelbar kausal seien für die Rechtswirkung, aus der Beweislast des Klägers aus, obwohl sie auch Voraussetzungen des Entstehens seines Rechtes sind, und legen den Beweis ihres Nichtvorhandens dem Gegner auf. Leonhard führt dagegen hauptsächlich zwei Momente ins Feld;[8]) erstens müßte man, wenn man abstrakt erkennen wolle, ob eine hindernde Tatsache z. B. Geisteskrankheit eine mit dem regelmäßigen Gang der Dinge zu vereinbarende sei oder nicht, die Beweislast von der konkreten Wahrscheinlichkeit abhängig machen. Denn der Richter schließe schon von selbst nach seiner freien Beweiswürdigung beim Vorliegen von a u. b auf den Tatbestand von a u. b u. c, wenn dieser Schluß verständigerweise gerechtfertigt ist. Die Aufstellung einer besonderen Beweislastregel im obigen Sinne bedeutet nach Leonhard eine unnötige Vermengung der Sätze der Beweislast mit denen der Beweisführung. Wenn man unter der Regel die überwiegende Wahrscheinlichkeit versteht, so gelangten die Gegner, trotzdem sie sich bemühen, sich nach einem materiellen Gesichtspunkt zu richten, in ein Gebiet, das der Beweiswürdigung angehört. Denjenigen gegenüber, die das Verhältnis von Regel und Ausnahme auch gar nicht auf die Rechtswirkung, sondern auf das Verhältnis der Rechtsnormen zu einander beziehen, hält er entgegen, daß die Regel- und Ausnahmebildung eine Folge sei von Erwägungen praktischer Notwendigkeit, bestimmt durch Rücksichten auf klare Klassifikation und Generalisierung und daß sie mit einer Beweislastverteilung nichts zu tun habe. Hinzu trete noch die praktische Undurchführbarkeit der dargelegten Theorie. — An dieser Stelle wollen wir noch diejenigen Autoren anreihen, welche die Befreiung des Klägers speziell vom Beweise rechtshindernder Tatsachen mit einer gewohnheitsrechtlichen Bildung begründen. Hierher gehören vor allen Wach, Schmidt und Cüppers. Sie erklären es für einen in langjähriger Gerichtsübung herausgearbeiteten Satz des Gewohnheitsrechtes, daß der Kläger nur einen beschränkten Kreis seiner Anspruchsvoraussetzungen, nämlich nur „die typischen, generell oder im Durchschnitt der Fälle noch zur Rechtserzeu-

[8]) S. 86.

gung erforderlichen Tatsachen" zu beweisen habe, während der Beweis der anderen Tatsachen, deren Nichtvorliegen logischer Weise auch zur Beweislast des Klägers stehen sollte und nur aus Billigkeitsrücksichten (weil sie nur ausnahmsweise bei besonders gearteten Sachgestaltungen in Betracht kämen) von derselben losgelöst ist, dem Beklagten auferlegt ist.

Dagegen wird vorgebracht, daß sich die Bildung eines die Beweislast regelnden Gewohnheitsrechtes nicht nachweisen lasse; erstens könne man wegen des Mangels höchstgerichtlicher Urteile, und zweitens wegen des offensichtlichen Fehlens einer communis opinio necessitatis von einer gewohnheitsrechtlichen Bildung nicht sprechen.

2. Die beweisbedürftigen Tatsachen nach den Normentheorien.

a) Die Theorie vom gesetzlichen Mindesttatbestand (Minimaltheorie).[9])

Die Grundidee ist die, daß das Verhältnis der Zivilrechtsnormen untereinander einen wesentlichen Faktor bilde für die Beweislastverteilung. Die Hauptnorm gewährt uns einen Anspruch und wird auch als Regelnorm bezeichnet. Dieser Norm ist in ihrer Wirkung entgegengesetzt die Gegennorm; ihr Tatbestand enthält alle oder einen Teil der Voraussetzungen der Anspruchsnorm, doch birgt sie noch ein neues „mit dem Tatbestand der Anspruchsnorm verträgliches, spezialisierendes" Moment in sich, das die Nichtanwendbarkeit der Regelnorm bewirkt. Entweder hindert dann die Gegennorm von Anfang an die Wirkung der rechtsbegründenden Anspruchsnorm, so daß diese eine Wirkung gar nicht äußert; wir sprechen dann von einer rechtshindernden Norm; oder sie tritt der Rechtsbegründung erst später entgegen, sodaß sie das bereits entstandene Recht wieder vernichtet; dann sprechen wir von einer rechtsvernichtenden Gegennorm.[10]) Eine wichtige Unterart der Gegennorm sind die Dispositivnormen, diese richten sich gegen die dispositiven Rechtssätze; sie schließen deren Wirkungen aus, „wenn etwas anderes vereinbart ist" oder wenn ein anderer Wille der Parteien vorliegt. Eine dritte Kategorie bilden die Ergänzungs-

---

[9]) Vertreten von Betzinger, Kreß, Meyerhofer, Zeitschr. f. schweiz. Recht 44 313 f.

[10]) Schon Fitting, ZZP. 13 4, charakterisiert die Gegennorm dahin, daß sie einige besondere Merkmale mehr hat als die Regelnorm.

normen. Sie sind nicht imstande selbständig eine Rechtswirkung zu erzeugen; sie verfolgen den Zweck, den Tatbestand anderer Normen zu ergänzen.

Diese Einteilung allein würde für die Beweislastlehre noch ohne Belang sein. Die Kette bilden nun die gegenseitigen Wechselbeziehungen dieser Zivilrechtsnormen zum Urteilsyllogismus. Ein Obersatz setzt sich zusammen aus den in Betracht kommenden Zivilrechtsnormen, sein Untersatz aus den konkreten Feststellungen des Prozesses. Die Schlußfolgerung bildet die Subsumption der letzteren unter dem Obersatz. In diesen wären eigentlich nach dem Gesetz der Logik und des materiellen Rechts zunächst alle den Anspruch rechtfertigenden Rechtsnormen aufzunehmen, sodann alle denkbaren Gegennormen, die sämtlich nicht zur Anwendung kommen dürfen, wenn der Anspruch zuerkannt werden soll.[11]) Der Untersatz müßte dann entsprechend die Feststellung enthalten, daß nur die Voraussetzungen der einen hervorgehobenen Rechtsnorm gegeben sei, während die Tatbestände der möglichen Gegennormen nicht vorhanden seien. Es liegt auf der Hand, daß dies Verfahren eine Unmöglichkeit bedeutet. Hier setzt nun Betzinger (und ihm folgend Kreß) mit einer prozeßrechtlichen Maxime ein, der „Aberkennungsschranke".[12]) Dieselbe besagt, daß der Richter einen Anspruch nicht aberkennen dürfe, sobald der „Mindesttatbestand" einer den Antrag deckenden Norm, d. h. deren tatsächlichen Voraussetzungen, feststehen. Der Mindesttatbestand muß jedenfalls soviel enthalten, daß er die Klage zu begründen schlüssig ist; in ihm sind verkörpert die anspruchbegründenden Tatsachen, aber nur sie. Niemals jedoch gehören zu ihnen die Gegennormen oder, richtiger gesagt, die Verneinung deren Tatbestände, wohl aber unter Umständen die Ergänzungsnormen, die der näheren Begriffsbestimmung eines in der Hauptnorm enthaltenen Elementes dienen. Daher müssen die sogenannten anspruchsvernichtenden und anspruchshindernden Tatsachen vom Anspruchsgegner vorgebracht und bewiesen werden. Der durch die Aberkennungsschranke gefundene Mindesttatbestand ist identisch mit der Anspruchs- und ihrer

---

[11]) Vgl. Maxen S. 62; Kreß S. 8. Sie nennen die Summe dieser positiven und negativen Voraussetzungen den materiellen Klagegrund, im Gegensatz zu dem prozessualen.

[12]) Die gesetzliche Grundlage für diesen Prozeßgrundsatz will B. in der ZPO. (d. h. in ihren Motiven) und in der Technik des BGB. anerkannt sehen.

Ergänzungsnorm, sodaß schließlich den Kernpunkt der Betzingerschen Lehre der an die Spitze seiner Ausführung gestellte Satz bildet: „Jede Partei trifft das Risiko dafür, daß der Mindesttatbestand der für ihren Sachantrag vorteilhaften Rechtsnorm im Prozeß zur Feststellung gelangt.“[13]) Auch nach dieser Theorie liegt die Bestimmung dessen, was in bezug auf den einzelnen Anspruch zum Mindesttatbestand gehört, ausschließlich auf dem Gebiete des materiellen Rechts. Die Schwierigkeit dieser Lehre sehen ihre Verfechter in der Feststellung, ob das, was der Gegner bei seinem Antrag auf Klageabweisung vorbringt, lediglich Leugnung des klägerischen Vorbringens ist oder vielleicht eine Gegennorm enthält gegenüber der Anspruchsnorm des Angreifers oder eine Ergänzungsnorm. Kreß vor allem hält sich bei der Entscheidung dieser manchmal sehr bestrittenen Frage gerne an die formale Fassung des Gesetzes.

Wenn auch Wach die Bedeutung der Normengestaltung, namentlich die Gegenüberstellung von Regel und Ausnahme, als ein nicht zu unterschätzendes Hilfsmittel anerkennt, so erhob sich doch gegen diese Verteilungsmethode starker Widerspruch. Es wird ihr zum Vorwurf gemacht, daß eine reinliche Scheidung der Rechtsnormen je nach ihrer Gegen- oder Paralellwirkung sich gar nicht durchführen lasse.[14]) Vor allem wird jedoch daran Kritik geübt, daß der Mindesttatbestand nur eine vorläufige Schlüssigkeit bedeutet, daher nur ein Scheintatbestand sei. Damit eine Klage schlüssig sei, sei eben die Darlegung aller zu ihrer Begründung dienenden Tatsachen unentbehrlich.[15]) Die Minimaltheorie führe zu einer unbilligen Benachteiligung des Beklagten, da ihm der größte Teil des Beweises auferlegt werde. Die Hauptgegner der Lehre finden wir unter den Anhängern der Leugnungstheorie, die häufig das, was jene als Einredetatsachen (weil Gegennorm und daher zur Beweislast des Angegriffenen) bezeichnen, als einfache Leugnung des Klagegrundes (und daher zur Beweislast des Angreifers) betrachten. Gerade bei diesen in der Praxis hochbedeutsamen Fällen erkennen wir die Notwendigkeit einer einheitlichen Durchführung der Beweislastverteilung.

---

[13]) Aehnlich dann Kreß S. 70.

[14]) Vgl. Eccius in GruchotsBeitr. 46 193.

[15]) Vgl. Leonhard S. 99.

b) Theorie Rosenbergs.

Der Kläger hat nicht ein wirklich entstandenes und jetzt noch bestehendes Recht im Prozeß geltend zu machen, sondern lediglich die Voraussetzungen der seinem Klagantrag günstigen Rechtsnorm. Der Richter entscheidet daher auch nicht, daß für den Kläger ein bestimmtes Recht existiere, sondern daß auf Grund des vorgelegten Tatsachenmaterials der Antrag des Klägers gerechtfertigt sei. Ebenfalls zurückgehend auf den Urteilssylogismus formuliert Rosenberg den Kernpunkt seiner Lehre in die Worte: „Jede Partei hat die Voraussetzungen der Norm zu behaupten und zu beweisen, deren Rechtswirkung sie geltend macht." Die Verteilung der Beweislast ergibt sich aus der Natur des anzuwendenden Rechtssatzes. Dem die Klage begründenden Rechtssatz kann eine rechtshindernde oder rechtsvernichtende Gegennorm entgegenstehen. Der Kläger trägt jedoch die Beweislast lediglich für die rechtsbegründende Norm, da er nur die Tatsachen zu behaupten hat, an die das Gesetz die Entstehung des Anspruches knüpft. Beruft sich der Beklagte auf eine Tatsache, die einer der beiden anderen Normen angehört, so obliegt ihm hierfür der Beweis, Die Unterscheidung von rechtsbegründenden und rechtsvernichtenden Normen macht schon wegen des zeitlichen Auseinanderfallens der Tatbestände wenig Schwierigkeiten. Allerdings können des öfteren Zweifel darüber bestehen, ob eine Rechtsvorschrift als eine rechtsbegründende oder als eine rechtshindernde anzusehen ist. Hier doch nimmt Rosenberg die Fassung des BGB. zu Hilfe. Auch er findet, wie Kreß, daß diese Normen sich verhalten wie Regel und Ausnahme. Ist die Regel festgestellt, so ist es Sache des Klägers, die Ausnahme des Gegners zu beweisen.

IV. Spezielle Theorien.

1. Leonhard.

In seinem Streben nach möglichster Vereinfachung der Beweislastverteilung schlägt Leonhard ganz andere Bahnen ein, als die seiner Vorgänger; er sieht in der Beweislast lediglich das Kehrbild der materiellen Rechtsordnung und stellt demgemäß zur Beweislast des Klägers alle rechtserheblichen Tatsachen, die zur Entstehung überhaupt notwendig sind. Nicht das gegenwärtige Bestehen eines Rechtes macht der Kläger geltend, sondern nur das Eintreten einer be-

stimmten Rechtswirkung. Von seinen Vorgängern unterscheidet sich Leonhard dadurch, daß er die Konstruktion der rechtshindernden Tatsachen verwirft und auch den Beweis deren Nichtvorhandenseins dem Kläger auferlegt. Führt dagegen der Beklagte gegen die Rechtswirkung, auf die sich der Gegner beruft, einen „neuen" Rechtsbefehl ein, so liegt ihm der Beweis der Bedingungen desselben ob. Daher soll er, wenn er sich auf nachträglich eingetretene Aufhebung oder Aenderung der Rechtswirkung beruft, hierfür die Beweislast tragen. Die Gegenwirkung muß, wenn das Vorbringen des Beklagten nicht lediglich eine Klageleugnung sein soll, also drei wesentliche Merkmale tragen: 1. Daß durch den Beklagten die klägerischen Anführungen zugegeben werden; 2. daß etwas Neues dazu behauptet wird; 3. daß zeitlich die Hauptwirkung vollendet ist, ehe die Gegenwirkung eintritt. Daher sind die Einreden im materiellen Sinn und die Voraussetzungen der Normen, die eine eingetretene Rechtswirkung zur Aufhebung bringen, vom Beklagten zu beweisen.

Daß die Fassung des BGB. einen Einfluß auf die Beweislastverteilung habe, bestreitet Leonhard entschieden. Vielmehr will er aus der Fassung nur erkennen, ob ein Umstand zur „Anregungslast" oder nach Billigkeit zur „Aufklärungspflicht" des Gegners gehört. Damit[1]) sucht er die Härten, die sein Verfahren für den Kläger hat, dem der ganze Beweis aufgebürdet ist, ein wenig zu mildern. Dem nämlichen Zwecke dient die scharfe Trennung, die Beweisführung und Beweislast erfahren. Ganz konsequent behandelt Leonhard sein Beweislastproblem nach der Richtung hin, daß die Regeln der Beweislast in gewissem Sinne beeinflußt werden durch diejenigen der Beweiswürdigung; es soll in gewissen Fällen auf Grund der erbrachten oder in den Dingen liegender Wahrscheinlichkeit einer an sich obliegenden Beweislast genügt sein, obwohl der strikte Beweis, der oft eben nicht zu führen ist, mißlungen oder gar nicht versucht ist.[2]) Wenn z. B. der Kläger auch nach wie vor dafür beweispflichtig sei, daß das von ihm behauptete Rechtsgeschäft unbedingt abgeschlossen sei, so müsse man doch vom Beklagten eine nähere Darlegung nach Treu und

---

[1]) Vgl. Brodmann S. 163. Er nennt die Lehre Leonhards von der Beweisführung ein Sicherheitsventil.

[2]) Vgl. auch Gautschi S. 248 ff.

Glauben verlangen können. Ein einfaches Leugnen des Beklagten genügt nicht; er muß „substantiiert“ leugnen. Unter Umständen erweitert sich diese Darlegungslast des Beklagten zur „Widerlegungslast“, zu einer Wahrscheinlichmachung seiner Angaben. Dadurch werde zwar nicht die Beweislast, wohl aber die Beweisführung verschoben. Besteht daher auch am Schluß der Verhandlung immer noch eine Ungewißheit bezüglich einer „rechtshindernden“ Tatsache, so trägt hierfür die Verantwortung diejenige Partei, für die ihr Nichtvorhandensein Voraussetzung der Entstehung ihres Rechtes ist. Bleibt also die Frage zweifelhaft, ob der Kläger bei Abschluss des Vertrages geisteskrank war oder nicht, so fällt das Nichtfestgestelltsein der Geistesgesundheit dem Kläger zur Last. Hierin zeigt sich eine gewaltige Verschiedenheit der Ergebnisse Leonhards von den Auffassungen fast aller anderen Schriftsteller.

2. Planck (Satzbautheorie).

Manche der Schriftsteller, deren Ansichten wir soeben kennen gelernt haben, verweisen zu ihrer Begründung auf die Fassung des BGB.[3]) Maßgebend war für sie wohl der Umstand, daß, wie auch aus den Motiven ersichtlich ist, die Redaktoren des BGB., nachdem sie es abgelehnt hatten, die allgemeinen Beweislastregeln des Entwurfes I in den §§ 193—198 aufzunehmen, sich bei der Abfassung der einzelnen Vorschriften bemüht hatten, die Beweislast durch die Fassung des Satzbaues zum Ausdruck zu bringen. Am weitesten gehen wohl Planck und Düringer-Hachenburg[4]) in der Zuhilfenahme der verschiedenartigen Stellung der Sätze und Fassung der Normen, um daraus eine grundsätzliche Verteilung der Beweislast zu entwickeln; deren Darlegung ist folgende:

Aus der Fassung ergibt sich, was als Ausnahme und was als Regel zu betrachten ist, insofern, als die Regelvorschrift vorangestellt sei, die Ausnahme in besonderen Paragraphen, besonderen Absätzen oder besonderen Sätzen folge. Wer sich auf die Regel beruft, braucht nur den ihr zugrunde liegenden Tatbestand zu beweisen, während derjenige, der die Ausnahme geltend macht, deren Voraussetzungen zu beweisen hat.

---

[3]) So Reinhold, ZZP. 20 144 f.; Betzinger S. 145; Kreß S. 87; Beckh S. 52 f.; Rosenberg S. 65 f., 110 f.

[4]) Planck, Komm. S. 47 f.; Düringer-Hachenburg, Komm. 2 299 ff.; Recht 05 577.

Als eine vom Gegner zu erweisende Ausnahme ist es anzusehen, wenn die Fassung lautet „ausgenommen sind“ z. B. § 112; oder „ist ausgeschlossen“ z. B. § 174, 2; „Tritt nicht ein“ z. B. § 122 II; oder „finden keine Anwendung“ z. B. § 9 II; oder „gelten nicht“ z. B. § 247; oder „es sei denn daß“ z. B. § 42.

Als weiterer Satz ergibt sich: Wer sich auf den Obersatz beruft, muß den von ihm abhängigen positiven Konditionalsatz ebenfalls behaupten und beweisen, z. B. § 109 II.

Einer vom Gegner zu beweisenden Ausnahme kommt es gleich, wenn in einem Konditionalsatz die Negation „nicht“ unmittelbar dem „wenn“ folgt; hier sind die tatsächlichen Voraussetzungen der Ausnahmevorschrift in derartigen negativen Konditionalsätzen zusammengefaßt; vgl. die Fassung „wenn nicht“ oder auch „sofern nicht“, „so lange nicht“ z. B. §§ 18 II, 181 usw.; ebenso sind zu behandeln die Fälle in denen „wenn nicht“ nur durch die Worte „sich“, „er“, „sie“, „es“ getrennt sind; z. B. §§ 179 I, 460.

Sind jedoch in einem der gesetzlichen Regel angeschlossenen Konditionalsatz die Worte „wenn“ und „nicht“ durch andere Worte getrennt, so ist die in dem Konditionalsatz ausgedrückte Negation von demjenigen zu beweisen, den die Beweislast für den Obersatz trifft, z. B. §§ 16, 49. Die herrschende Meinung lehnt es ab, in dem dargelegten Plan der Redaktoren den Gedanken des Gesetzes anzunehmen, daß die Beweislast prinzipiell durch eine so schablonenhafte Fassung der materiellen Rechtssätze, durch die Hilfsmittel der Antithese, des einschränkenden Nebensatzes, der verschiedenen Stellung der Negation im Konditionalsatz zum Ausdruck gebracht werde. Die Frage der Beweislastverteilung ist eine Frage der Wissenschaft. Auch Planck gibt allerdings zu, daß dem Satzbau gegenüber das wissenschaftliche Prinzip der Beweislastverteilung den Vorzug verdiene und erklärt ohne weiteres, daß die Satzfassung dann nicht entscheiden könne, wenn aus dem Inhalt der betreffenden Rechtsnorm und aus dem Wesen des Gesetzes auf Grund wissenschaftlicher Untersuchung ein abweichender Wille des Gesetzes sich erkennen läßt.

3. Gautschi.

In schroffstem Gegensatz zu sämtlichen oben besprochenen Schriftstellern stellt sich der Schweizer Gautschi in seinem

Buch „Beweislast und Beweiswürdigung“. An der Spitze seiner Darlegungen steht der Satz: „Eine strikte Regelung der Beweislast ist angesichts der unendlichen Mannigfaltigkeit der Rechtsverhältnisse unmöglich“. Damit will er besagen, daß nicht die Natur des geltend gemachten Rechtsverhältnisses ein für allemal maßgebend ist für die Verteilung der Beweislast, sondern daß noch stets besondere Rücksicht zu nehmen ist auf den jeweiligen Verlauf eines Prozesses in concreto. So gelangt er zu dem weiteren Satz, es sei unrichtig, daß die Beweislast sich im Laufe des Verfahrens nicht ändern dürfe. Gautschi entgeht es nicht, daß er sich bereits im Ausgangspunkt von den Bahnen der weitaus herrschenden Meinung entfernt, nämlich in der Würdigung des Verhältnisses der Beweislast zur Beweisführung. Während die meisten Schriftsteller der Ansicht sind, daß die Beweislast sich stets gleich bleibe, mag sich die Beweisführung im einzelnen Falle gestalten wie sie wolle, verneint Gautschi diesen Kernpunkt aller Beweislastlehren und kommt so zu dem Schlusse, daß es „unmöglich und unzweckmäßig“ sei, die beiden Gebiete der Beweislast und Beweisführung zu trennen. Seitdem es nicht mehr ein der Rechtskraft fähiges Beweisurteil gibt, gibt es nach Gautschi auch keine abstrakte Beweislast mehr, sondern nur mehr noch ein im Grunde genommen auf willkürlicher richterlicher Anordnung beruhende Beweispflicht. Um jedoch eine gewisse Einheitlichkeit in der Verteilung der Beweise unter die Parteien zu wahren, muß sich der Richter der Theorie der „Zweckanalyse“ bedienen, wenn er im Zweifel ist, welcher Partei der Beweis einer Tatsache obliegt; das heißt, er soll nach den Ideen der Gerechtigkeit und Nützlichkeit im einzelnen Fall die Beweispflicht normieren. Gautschi kennt im einzelnen neun verschiedenartige Zweckmomente; wir heben unter ihnen hervor das „Aequivalenzmoment“. Hiernach soll derjenige, der im Rechtsgeschäft als benachteiligt erscheint, im Zweifel der Beweispflicht enthoben sein; so ergibt sich z. B. als Regel, daß bei Schenkungsstreitigkeiten stets der Beschenkte beweisen müsse.

Es folgt aus dem „Humanitätsmoment“, daß der wirtschaftlich Stärkere beweispflichtig ist, weil er ein mögliches Unrecht nicht so schwer trägt. Das „Potestativmoment“ soll uns lehren, daß die Beweislast demjenigen auferlegt wird, der bei der Lage der Sache seine Behauptungen besser zu beweisen vermag. Auch eine Beweispflicht „zur Strafe“ gibt es auf

Grund des Schuldmoments: wer nämlich durch sein Verschulden einen Prozeß verursacht oder einen bestehenden Prozeß arglistig kompliziert, soll für die dadurch der Gegenpartei verursachte „Interessengefährdung“ mit der Beweispflicht belegt sein. (Wie kann wohl vor Ausgang eines Prozesses bewiesen und entschieden werden, wer ihn verschuldet hat?) Schließlich erwähnen wir noch das „Wahrscheinlichkeitsmoment“; hiernach soll im Zweifel der Richter demjenigen recht geben, der die wahrscheinlichere Behauptung aufstellt. Dieses Moment hat wohl mit der Verteilung der Beweise gar nichts zu tun, es gehört lediglich dem Gebiet der richterlichen Beweiswürdigung an.

An Hand einzelner Fälle und nicht uninteressanter Entscheidungen will Gautschi darlegen, wie in concreto bei der Beweisverteilung zu verfahren ist und wie auch die Praxis seiner Theorie entspricht.

Wie grundverschieden auch die Darlegungen Gautschis von der herrschenden Beweislastlehre sind, sonderbarerweise weichen seine Ergebnisse gar nicht sehr von denen ab, die letztere auf Grund einer wohl durchgeführten Beweislasttheorie erzielt hat. Vom Standpunkt dieser aus sind Gautschis Ausführungen nur angetan, sie in ihrem Ausharren auf dem eingeschlagenen Wege zu bestärken; denn was sie aus den positiven Gesetzesbestimmungen herausgeschält hat, hat zum großen Teil auch Gautschi auf Grund seiner Zweckanalyse, auf Grund der Erwägungen der Gerechtigkeit und Nützlichkeit, nur bestätigt. Mag sein, daß das Institut der Beweislast ein Lieblingskind der „Begriffsjuristen“ ist, einheitlicher, beständiger und damit gerechter sind ihre Ergebnisse jedenfalls als die der Freirechtsschule — und Gautschis.

II. TEIL.

Die Beweislast nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

I. Allgemeine Grundzüge.

1. Die Beweislast des Angreifers für die Entstehung seines Rechts.

Ereignisse des täglichen Verkehrs sind es, an die unser BGB. seine Normen anknüpft. Sobald nur bestimmte Tatumstände sich ergeben, treten seine Rechtsbefehle in Kraft. Zu deren zwangsweisen Durchsetzung hat das Gesetz den Richter bestellt. Er ist es, der zunächst prüft, welche Voraussetzungen das Recht aufstellt, damit der Tatbestand der einschlägigen Norm erfüllt ist, dann aber auf Grund der Tatsachen, die ihm die Parteien erbracht haben, die Folgerungen zieht, die sich aus der Norm ergeben.[1])

Welche nun die rechtserheblichen Tatumstände sind, die zu beweisen, dem Rechtsuchenden zur Last fällt, wird uns die Lehre von der Beweislast sagen. Es ist einleuchtend, daß nicht reine Richterwillkür auf Grund freiester Würdigung der vorgebrachten Beweise darüber entscheiden darf, ob die eine oder die andere Partei die Beweislast für eine bestrittene rechtserhebliche Tatsache trifft.[2]) Der Wille des Gesetzes, das die materiellen Voraussetzungen für das Bestehen eines konkreten Rechts aufstellt, ist es vielmehr, der, indem er unter den Parteien die Beweislast verteilt, auch Kläger und Beklagten vom Beweis gewisser Tatsachen befreit, und den Beweis des Gegenteils dem Gegner aufbürdet. Denn Beweislastverteilung ist Rechtsnorm.[3])

Diesen Willen des Gesetzes zu erforschen, haben sich weitaus die meisten der Schriftsteller bemüht, deren Ergebnisse wir im I. Teil behandelt haben. Sämtliche streben sie nach einem allge-

---

[1]) Vgl. Betzinger S. 36; Wetzell § 44; Reinhold S. 12—28.

[2]) Vgl. jedoch Kohler, Enzykl. 2 114 und Gautschi.

[3]) Vgl. Wach, ZZP. 29 367.

meinen Prinzip der Beweislastverteilung, das in unserem Gesetz niedergelegt sei, ohne offen Ausdruck gefunden zu haben.

Dies Ziel ist ja richtig; im Gegensatz zu ihnen lehnen wir jedoch die Methode ab, daß man zuförderst gewisse Erkenntnisprinzipien für die Beweisverteilung im allgemeinen aufstellen müsse, um sie dann entsprechend im einzelnen durchzuführen. Wir sahen ja bereits bei der Darstellung des I. Teils, wieviel vergebliche Versuche gemacht wurden, einen einheitlichen Erklärungsgrund für die Beweisverteilungsnormen aufzustellen, der sich allgemeiner Anerkennung hätte erfreuen können. So wollen wir denn die Beweislast, auf Grund logischer Erfassung ihres Charakters, aus dem Wesen jedes einzelnen Instituts des materiellen Rechts in schließlich einheitlicher Weise ableiten.[4])

Hat der Kläger das Bestehen oder die Entstehung seines Rechts zu beweisen?

Die Verhandlungsmaxime besagt, welche Tatsachen für den Richter feststehen müssen; sie befiehlt ihm keine Tatsachen als vorhanden anzunehmen, die nicht im Prozeß eingeführt und bewiesen sind. Hieraus folgt, daß der Richter Tatumstände, die eine Veränderung oder ein Erlöschen des entstandenen Rechtes bewirken könnten, so lange sie nicht erwiesen sind, seinem Urteil nicht zugrunde legen darf.[5]) So ist es nicht nur ein „historisch gegebenes Faktum", sondern ein prozeßrechtlicher Satz,[6]) eine der Wirkungen der Verhandlungsmaxime, daß der Kläger nur das Entstehen seines Rechts, nicht das Nichtvorhandensein von Erlöschungsgründen oder sonstigen Tatsachen zu beweisen hat, die eine Veränderung seines Rechts herbeizuführen geeignet wären. Mit anderen Worten: der Richter ist solange verpflichtet, beim Vorliegen der Entstehungstatsachen einem Rechtsbefehl die ihm auf Grund derselben zukommende Wirkung auszusprechen, als keine Tatsachen vorgebracht und erwiesen werden, die ihm, sei es ganz oder zum Teil, sei es für immer oder zeitweise, seine Wirkung rauben

---

[4]) Wach, Dekanatsprogramm S. 35.

[5]) Vgl. ROHG. 6 63: „Eine Veränderung oder der Untergang des Anspruchs könnte nur als Folge neuer Tatsachen angenommen werden, deren Geltendmachung der Kläger dem Beklagten überläßt."

[6]) Hedemann S. 156; Wach, HB. § 9 S. 128 f., Vortr. S. 157.

können.[7]) Dieser aus der Verhandlungsmaxime sich ergebende Satz läßt sich auch im Wege auslegender Analogie aus den ausdrücklichen Beweislastverteilungen der §§ 345, 542 unmittelbar für das BGB. erweisen (vgl. Wach a. a. O.).

Die Feststellung: Kläger beweist, daß der Anspruch entstanden ist, nicht, daß er besteht, ist nicht durchaus anerkannt, vielmehr verlangen zahlreiche Schriftsteller vom Kläger, daß er ein wirklich entstandenes und gegenwärtig noch bestehendes Recht geltend machen müsse.[8]) Tatsächlich lehnen sie es jedoch ab, ihm den Beweis dafür aufzubürden, daß keine Tatsachen vorlägen, auf Grund deren das Recht wieder erloschen wäre. Teils wollen sie hier Erwägungen der Logik, teils der Billigkeit[9]) und Zweckmäßigkeit Rechnung tragen. Manche wiederum halten dies für eine Folge der Vermutung des Fortbestehens einmal entstandener Rechte,[10]) während andere sogar zu einer „aus der Natur der Sache folgenden Vermutung der Fortdauer einmal eingetretener Tatsachen oder Zustände" greifen.[11]) Solche Vermutungen finden weder in dem Gesetze[11]a) noch in der Natur der Sache eine Rechtfertigung; auch eine gewohnheitsrechtliche Bildung der Fortdauer, Fortdauervermutung von Rechten, können wir nicht annehmen.[12]) Sollte bis zur Einbringung des Gegenbeweises wirklich zu vermuten sein, daß die Schuld, die ein reicher Mann vor Jahren zu begleichen hatte, heute noch besteht? oder kann ich auf Grund der Vermutung der Fortdauer eines Zustandes nach § 985 BGB. Herausgabe meiner Sache von dem verlangen, der sie einmal vor einem Jahr in seinem Keller verwahrt hatte? Daß das Gesetz keinen Raum hat für eine solche Vermutung,

---

[7]) Vgl. Gaupp-Stein § 282 IV; Rosenberg S. 71 f.; Brodmann S. 72 f., 132, 158; Reinhold S. 64; ebenso im Ergebnis Eneccerus, PR. 1 562. Dagegen Schmidt, Lehrbuch S. 436; Zeitschr. f. ZP. 32 447; Kreß S. 48; Leonhard S. 238 ff.

[8]) Vgl. Bethmann-Hollweg S. 350 f.; Reinhold, ZZP. 20 140; Unger S. 367; Betzinger S. 34 f.; Kreß S. 6 f., 48; Wach, ZZP. 29 387; Zitelmann S. 25; Crome S. 559; Endemann S. 772 Nr. 7.

[9]) Beckh a. a. O. erklärt, es sei unbillig, dem Kläger einen Beweis aufzubürden, der ihm kaum möglich ist, anstatt dem Beklagten einen solchen, den dieser mit Leichtigkeit erbringen kann. Wach a. a. O.: „Eine Forderung der prozessualen ausgleichenden Gerechtigkeit."

[10]) Puchta 2 § 97 Note a; RG. 16 202; Beckh S. 66 ff.; Hellwig, System S. 474; Fitting S. 19.

[11]) Besonders Fitting S. 17.

[11]a) § 838 BGB. ist eine Ausnahme.

[12]) A. M. Hedemann S. 160.

beweist der Umstand, daß in vielen Fällen der Nachweis des gegenwärtigen Zustandes erfordert wird, z. B. der Beweis der Fortdauer des Lebens in §§ 89, 1923 BGB., der Bereicherung in einem gewissen Zeitpunkt in §§ 996, 1430, 1539.[13])

Ein Argument wollen schließlich unsere Gegner noch dem § 331 II 2 ZPO. entnehmen. Dieser besagt, daß im Versäumnisverfahren gegen den Beklagten die Klage dann abzuweisen ist, wenn ein Tilgungsgrund aus dem klägerischen Vorbringen erhellt („wenn der Klageantrag nicht gerechtfertigt ist"). Hieraus leitet man her, daß unter „Rechtfertigung des Klageantrags" das Bestehen des Rechts verstanden werden soll. Dies ist aber unrichtig.[14]) Kraft der Verhandlungsmaxime ist es für den Richter bedeutungslos, wer eine rechtlich erhebliche Tatsache eingeführt und erwiesen hat. Nehmen wir an, der Beklagte hätte einen Tilgungsgrund in der mündlichen Verhandlung selbst behauptet und erwiesen, so wäre der Kläger unterlegen. Das gleiche muß aber auch gelten, wenn der Kläger selbst unvorsichtigerweise infolge eines antizipierten Geständnisses diese Aufhebungstatsache einführt. Dies allein bedeutet § 331.

2. Umfang und Abgrenzung der Beweislast des Angreifers und des Angegriffenen im allgemeinen.

Einleitende Vorbemerkungen: Zunächst ist es im Prozesse der Kläger als der Angreifer, der die Tatsachen vorbringt, aus denen der Richter auf die Entstehung seines Rechtes schließen soll. Der Beklagte als der Angegriffene kann sich darauf beschränken, die vorgebrachten Tatsachen zu leugnen (Klageleugnung), und dadurch den Angreifer zum Beweis derselben zu nötigen. Klageleugnung ist es auch, wenn der Beklagte den positiven Behauptungen des Klägers abweichende, mit ihnen unvereinbare positive Behauptungen entgegenstellt, z. B. gegenüber Darlehen Schenkung behauptet.[15])

Nicht erst bedürfen wir zur Erklärung dieser logisch selbstverständlichen und im Wesen des Prozesses begründeten Erscheinung, die sich schon in den Quellen (l. 12 D 22. 3) wiederspiegelt in den Worten: prima fronte aequius videtur, ut

[13]) Daß wir in dieser „Vermutung" nicht eine Beweislastregel sehen können, wohl aber das Ergebnis vernünftiger richterlicher Beweiswürdigung, liegt auf der Hand (vgl. Hellwig a. a. O.).

[14]) Vgl. auch Leonhard S. 159 f.

[15]) Rosenberg S. 62.

petitor probet, quod is intendit, des Satzes, daß die Idee des Besitzschutzes es mit sich bringe, daß derjenige, der im Streit ums Recht einen Besitzstand habe, günstiger gestellt sein müsse, als derjenige, der ihm diesen Besitzstand streitig mache und daher den Beweis des Gegners abwarten könne. Die Ausdehnung dieses ansprechenden Gedankens über den Kreis der dinglichen Rechte hinaus kann nicht richtig sein. Sie würde dahin führen, immer den Zustand als Besitz zu erklären, der die größte Wahrscheinlichkeit für sich hat. Außerdem hat sie schon dann keine Geltung, wenn der besitzende Beklagte sich auf ein persönliches Recht beruft; z. B. gegenüber der Eigentumsklage auf Nießbrauch; denn hier muß der Beklagte sein Recht beweisen.[16])

Der Beklagte wird nicht selten seinerseits Tatsachen vorbringen, die zwar mit den Anführungen des Klägers vereinbar, aber imstande sind, da sie einen neuen Tatumstand mehr enthalten als das Vorbringen des Klägers, dem vom Kläger gewünschten Rechtsbefehl die Wirksamkeit zu versagen. Diese seine Behauptung nennt man Einwendungen im prozessualen Sinn. Hierbei sehen wir unter Umständen den Kläger, der gegen diese Einwendungen Stellung nehmen muß, in der Rolle des Angegriffenen, den Beklagten jedoch als Angreifer.[17]) Dies ist auch auf den ersten Blick einleuchtend, wenn wir daran denken, daß der Beklagte auch auf eigene Rechte Bezug nehmen kann, die der Durchführung des klägerischen Rechtes hindernd in den Weg treten.

Beispiele:

Prozeß I.

A. klagt gegen B. auf Zahlung schuldigen Kaufgelds. Die Klage wird, weil der Beklagte Verjährung geltend macht, abgewiesen.

Prozeß II.

B. fordert von A. die Rückerstattung eines ihm gewährten Darlehens. Nun beruft sich A. auf jene verjährte Kaufgeldforderung, die, als sie der Klageforderung „zur Aufrechnung“ geeignet gegenüberstand, noch nicht verjährt war, rechnet mit ihr auf und erzwingt dadurch die Abweisung der Klage des B.[18])

---

[16]) Leonhard a. a. O.

[17]) In exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere (vgl. Rosenberg S. 75).

[18]) Die alte Regel actore non probante reus absolvitur beschränkt sich also nicht auf den Kläger. Sie gilt muttatis mutandis auch für den Beklag-

Die Tatsache, die in dem I. Prozeß die „rechtsbegründende“ darstellte, bildete im zweiten Prozesse eine rechtsaufhebende; aus diesem einfachen Beispiel ergibt sich der wichtige Satz, daß die Parteirolle ohne jeden Einfluß ist auf die Verteilung der Beweislast, m. a. W., daß jede Partei ohne Rücksicht darauf, ob sie Kläger oder Beklagte ist, die Tatsachen zu behaupten und nötigenfalls zu beweisen hat, die festgestellt sein müssen, um die Rechtswirkung zu erzeugen, deren Eintritt die Partei wünscht.[19])

Den Klagetatsachen des Klägers, die den „Klagegrund“ bilden, steht also gegenüber das Vorbringen des Beklagten, das nicht Klageleugnung ist und als „Einredegrund“ oder „Einrede im Sinne der Zivilprozeßordnung“ (Einwendungen) bezeichnet wird. Gewährt das Gesetz dem Kläger die Möglichkeit, gegenüber den Einwendungen des Beklagten neue Tatsachen vorzubringen, welche die von dem Beklagten begehrte Rechtswirkung paralysieren, so nennt man sein Vorbringen den Replikgrund; bringt der Beklagte hiergegen neue Tatsachen vor, so fallen sie unter den Duplikgrund. Für sie trägt er die Beweislast ebenso, wie auch der Kläger die seinen Replikgrund bildenden Tatsachen bestrittenenfalls beweisen muß. Beispiel:[20]) Als Klagegrund des A. erscheint die Tatsache, daß B. mit C., einem Minderjährigen, einen Vertrag geschlossen und daß der Vormund die Genehmigung erteilt hat (§ 108 I BGB.). B. behauptet den Vertrag nach § 109 I widerrufen zu haben (Einredegrund). Ist diese Einwendung bewiesen, so kann A. ihr die Wirksamkeit nehmen, indem er beweist, daß B. die Minderjährigkeit des C. gekannt hat, § 109 II, 1 (Replikgrund). Demgegenüber beweist B., daß C. die Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters wahrheitswidrig behauptet habe (Duplikgrund); dann obliegt dem A. der Beweis, daß B. die Unwahrheit dieser Behauptung gekannt hat.

Der Gedanke, daß der Kläger nur die Tatsachen behaupten und beweisen müsse, die zu seinem Klagegrund gehören, hat auch der Entwurf I BGB. in § 193, 1 zum Ausdruck gebracht: „Wer einen Anspruch geltend macht, hat die zu seiner Begründung erforderlichen Tatsachen zu behaupten und zu beweisen.“ Dem-

---

ten. Sie gilt, wie folgt, auch weiter für Replik und Duplik (vgl. § 146 ZPO.; Düringer-Hachenburg, HGB. 2 382; Rosenberg S. 74ff.

[19]) Unrichtig Gautschi S. 81, der diesen Satz leugnet.

[20]) Was die Beweislastverteilung anlangt, so greift dies dem Folgenden etwas vor (vgl. Enneccerus, Recht 1 371 Anm. 7).

entsprechend weist er im Satz 2 dem Beklagten, der Aufhebung oder Hemmung des klägerischen Anspruchs geltend macht, die Beweislast für die Tatsachen zu, die zur Begründung der Aufhebung oder Hemmung erforderlich sind.

Ueber diese beiden Grundsätze der Beweislastlehre, die, wie wir sehen werden, auch im BGB. ihre Grundlage haben, ist heutzutage im allgemeinen kein Streit.

Damit ist jedoch die Beweislastverteilung erst in ihren Grundzügen angedeutet. Die Schwierigkeit unseres Problems liegt darin zu erkennen, daß und wie der Gesetzgeber eine Sonderung der materiellen Tatbestände vorgenommen hat, eine Sonderung, die lediglich für den Prozeß von Bedeutung ist, und demnach folgendermaßen zu scheiden:

1. Welche die materiellen Voraussetzungen überhaupt sind, die vorhanden sein müssen um ein Recht in concreto zu erzeugen (materieller Klagegrund).[21])

2. Welche (wieviel) von diesen Voraussetzungen für den Richter nötig und genügend sind, um bei ihrem Vorliegen ein Recht zuzuerkennen (prozessualer Klagegrund).[22])

Die Richtigkeit und Bedeutung dieser Unterscheidung unterliegt keinem Zweifel, wenn wir erwägen, daß der Kläger keinesfalls alle Voraussetzungen der Entstehung seines Rechts zu beweisen hat, sondern daß ihn nur rücksichtlich gewisser Voraussetzungen die Beweislast trifft, während das Fehlen anderer Tatbestandsmomente (klagverneinender Tatsachen), die ebenfalls für das klägerische Recht materiell-rechtlich wesentlich sind, zur Beweislast des Beklagten stehen müssen. Freilich muß sich eine solche Verteilung der Beweislast, sei es direkt oder indirekt, aus dem materiellen Recht selbst ergeben; daher gilt in erster Linie folgender Grundsatz: Soweit sich nicht aus dem BGB. direkte oder indirekte Vorschriften über die Beweislast ergeben, hat der Kläger alle Tatsachen, die er zur Begründung seines Anspruchs behauptet, zu beweisen. In diesem Sinne können wir die Worte der Quellen auslegen (1. 10 C. 4 30): semper necessitas probanti incumbit illi qui agit.

3. Welche Tatumstände in concreto das Recht des Angreifers aufheben oder in seiner Wirksamkeit beschränken (materieller Einredegrund).

---

[21]) Vgl. Reinhold S. 27.
[22]) Vgl. Zitelmann S. 25.

4. Welche von diesen Tatumständen für den Richter nötig und genügend sind, um dem Antrag des Angegriffenen auf Abweisung des klägerischen Begehrens entsprechen zu können (prozessualer Klagegrund), so daß hinwiederum das Fehlen der übrigen Tatbestandsmomente des Bestehens der Einrede vom Angreifer zu beweisen ist. Letzteres Vorbringen des Angreifers nennt man einredeverneinende Tatsachen.[23])

II. Beweis der Normvoraussetzungen im einzelnen.

1. Beweislast des Angreifers.

a) Hinsichtlich der spezifisch rechtsbegründenden Tatsachen.

α) Begriff und Umfang.

Jede hypothetische Rechtsnorm stellt bestimmte Tatsachen fest, bei deren Eintritt eine gewisse Rechtsfolge statthaben soll; treten dann wirklich solche Tatsachen ein, so werden mit diesem Moment die im Gesetz vorgesehenen Rechtsfolgen zur Anwendung gebracht.[1]) Da nun selten ein Fall so gelagert ist, daß lediglich eine bestimmte dispositive Norm auf ihn zur Anwendung kommt, so wird zunächst jeder, der einen Anspruch geltend macht, zu beweisen haben, daß von sämtlichen dispositiven Normen, die er für seinen Tatbestand in Anwendung zu bringen hat, keine der Begründung seines Anspruchs entgegensteht.[2]) Wir haben bereits hinsichtlich der Frage, welche von den Normvoraussetzungen der Angreifer zu beweisen hat und welche nicht, den allgemeinen Satz gefunden: Wer die Entstehung einer Rechtswirkung geltend macht, hat das Vorhandensein sämtlicher vom Gesetz aufgestellter Voraussetzungen derselben zu beweisen, mit Ausnahme derer, hinsichtlich deren das Gesetz, sei es direkt oder indirekt, seinem Willen dahin Ausdruck verlieh, daß nicht

---

[23]) Würden wir mit Leonhard S. 143 annehmen, daß sämtliche Voraussetzungen eines Rechtsbefehls von dem zu beweisen sind, der ihn geltend macht, so würde die Beweislast nichts anderes sein als das Kehrbild des materiellen Rechts. Er erkennt daher auch keine Verteilung der Beweislast (mit Ausnahme der rechtsaufhebenden und rechtshemmenden Tatsachen) an und gelangt dabei begreiflicherweise zu größten Ungerechtigkeiten. Brodmann (S. 156 f.) hat in einem Beispiel treffend vorgeführt, zu welchen Unmöglichkeiten man gelangen würde, wollte man in den Fehler Leonhards verfallen, die Regel der Beweislast zu identifizieren mit den Normen des materiellen Rechts.

[1]) Danz S. 256.

[2]) So auch RG. 51 49.

sie dem Angreifer, sondern ihre Verneinung dem sie leugnenden Angegriffenen als „Einrede“ zur Last fallen.

Welche rechtserheblichen Tatsachen hat nun im einzelnen der Kläger im Prozeß zu beweisen? Von den anspruchbegründenden anerkanntermaßen diejenigen, welche die spezifisch rechtserzeugenden, wesentlichen, zur Rechtfertigung seines Klageantrags unbedingt notwendigen Voraussetzungen seines Rechtes darstellen.[3])

Durch das Wort „spezifisch“ deuten wir an, daß es sich hier nicht bloß um den Gegensatz von rechtserzeugenden und rechtsvernichtenden Tatsachen handelt. Vielmehr bilden die spezifischen rechtserzeugenden Tatsachen einen besonderen Ausschnitt von der Masse sämtlicher rechtsbegründender Tatumstände der in Betracht kommenden Normen; von ihm kann man, weil er nur die Tatsachen umfaßt, die materiell den eigentlichen Rechtsgrund des Angreifers bilden und vorzüglich den geltend gemachten Anspruch von anderen Ansprüchen unterscheiden, mit Sicherheit behaupten, daß er zu Lasten des Angreifers steht.

So befinden sich die spezifisch rechtserzeugenden Tatsachen, wie wir noch sehen werden, im Gegensatz zu solchen Tatumständen, die zwar ebenfalls materielle Voraussetzungen eines Rechtes sind, die aber doch nicht den eigentlichen Rechtsgrund bilden, wie auch im Gegensatz zu den Voraussetzungen, die man als allgemeine Voraussetzungen aller Rechte zu bezeichnen pflegt.

Welche Tatsachen nun den eigentlichen Rechtsgrund des Klägers und damit die von ihm zu beweisenden spezifisch rechtserzeugenden Tatumstände darstellen, läßt sich nur aus dem Wesen der einzelnen materiellen Rechtsinstitute erkennen. Beantragt z. B. der Gläubiger A. auf Grund des § 765, gegen den Bürgen B. möge der Rechtsbefehl dahin erlassen werden, daß B. für die Schuld des C. einzustehen habe, dann verlangt zunächst der Richter von ihm den Beweis der seine Klage spezifisch begründenden Tatsachen. Ihm obliegt demnach der

---

[3]) Zum Begriff der spezifisch rechtserzeugenden Tatsachen vgl. Bethmann-Hollweg S. 349 f.; Fitting, Beweis und Gegenbeweis S. 57; Unger 2 454; Reinhold S. 36 f.; Wach, Vorträge S. 157; HB. S. 126; Kisch, Deutsch. Zivilprozeß-Recht 2 80, nennt sie den „besonderen Tatbestand“.

Beweis dafür, daß C. sein Schuldner sei und daß B. sich durch Vertrag verpflichtet habe, für die Schuld des C. einzustehen. Das Vorliegen dieser beiden Voraussetzungen allein kann jedoch für den Richter nicht genügend sein, dem Kläger die begehrte Rechtswirkung zuzusprechen. Als weiterhin unbedingt notwendige Anspruchsvoraussetzung hat A. noch die schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung darzutun, die § 766 als Erfordernis der Bürgschaftswirkung normiert. Kommen jedoch zu diesen gesetzlichen Bedingungen noch andere vertragsmäßige dazu, so gehören auch diese zum spezifisch rechtserzeugenden Tatbestand.[4])

Im einzelnen ist von Interesse anzuführen, daß für den Beweis von Kausalgeschäften außer dem Beweis des nackten Versprechens auch der Beweis des Verpflichtungsgrundes als einer spezifisch rechtsbegründenden Tatsache, für den Beweis abstrakter Verträge nur der Beweis ihres Inhalts erforderlich ist, der Beweis des Vorhandenseins einer Kausa dagegen unnötig ist.[5]) Daher braucht z. B. der Schuldner, der sich in seiner Klage auf Rückgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung auf den Erlaß des § 397 BGB. beruft, dessen Grund weder zu behaupten noch zu beweisen.

Ferner kann als allgemein gültig der Satz angesehen werden, daß bei der Klage ex delicto stets der Kläger das Verschulden des Beklagten als einen spezifisch anspruchbegründenden Umstand beweisen muß (Inkulpationsbeweis), während bei einer Klage ex contractu das Verschulden des Beklagten als eine nicht eigentlich rechtsbegründende Tatsache nicht vom Kläger zu beweisen, sondern der Exkulpationsbeweis vom Beklagten zu führen ist. So ist bei einer Klage wegen Verschuldens des Mieters nicht rechtsbegründend dessen schuldhafte Handlung, sondern der Mietvertrag.[6])

Weiterhin obliegt es dem Kläger immer, wenn es streitig ist, ob Kauf- oder Kommissionsgeschäft, ob Dienst- oder Werkvertrag, ob Miete oder Pacht oder Leihe, ob Kommission- oder Trödelvertrag vorliegt, die Tatsachen zu beweisen, aus denen das Gericht die zugunsten seines Klageantrags sprechenden Schlüsse ziehen kann. Herrscht Streit über Größe oder Umfang

---

[4]) Vgl. näher unten b. Bew. der Dispositivnorm S. 56 ff.

[5]) Vgl. Enecccerus, Lehrbuch 1 521.

[6]) Vgl. Reinhold S. 79 ff.; Crome S. 561; Gautschi S. 85.

des klägerischen Anspruchs, so ist auch hierfür der Kläger beweispflichtig.

Der eigentlich selbstverständliche Satz, daß zunächst alle spezifisch rechtsbegründenden Tatsachen des Beweises bedürfen, findet seine besondere Bestätigung auch im BGB. selbst. In § 2336 III z. B. nimmt das Gesetz eine ausdrückliche Beweislastverteilung insofern vor, als es den Beweis des Grundes (der Entziehung des Pflichtteils) als eines spezifisch rechtserzeugenden Tatbestandsmerkmales demjenigen auferlegt, der die Entziehung geltend macht.

Einen besondern Streitpunkt bildet in der Literatur die Frage der Beweislast bei der Klage auf den angemessenen Kaufpreis.

Es kann kein Zweifel darüber bestehen, daß die Vereinbarung eines bestimmten Kaufpreises ein besonderes Tatbestandsmerkmal des § 433 des BGB. bildet (analog den Fällen der §§ 535, 581, 611, 631, 652).[7]) Wenn der Kläger im Prozeß den angemessenen oder kundenüblichen Kaufpreis verlangt, so trägt er für die Verabredung eines solchen die Beweislast, wenn der Beklagte die Vereinbarung eines niedrigeren Preises behauptet. Er kann also entweder dartun, daß man sich ausdrücklich oder daß man sich stillschweigend auf den angemessenen Kaufpreis geeinigt habe.[8]) Der Beweis dieser letzteren Vereinbarung dürfte dem Kläger immer schon dann gelungen sein, wenn er dartut, daß nichts anderes ausgemacht und dies auch im Verkehr so gebräuchlich ist.[9]) Dies ist die herrschende Ansicht in Theorie und Praxis; für bedenklich halten wir allerdings die Form der Fiktion, die das RG. entwickelt hat[10]) mit den Worten: „Wurde über den Preis nichts verabredet, so ist darin die stillschweigende Verabredung des üblichen Preises zu finden .... der Kläger trägt die Beweislast dafür, daß nichts vereinbart wurde."

---

[7]) Bestritten von Stölzel, Vorbem. zur Schulung, im Recht **01** 533 f.; vgl. auch Staub, Anm. 32.

[8]) RG. **57** 49; Düringer-Hachenburg S. 291; Rosenberg, Arch. **94** 86, und die dort Zitierten; a. M. besonders Beckh S. 189, 199; Brodmann S. 99; Endemann zu § 433.

[9]) Vgl. Stölzel, Recht **07** 376 Nr. 740; Endemann, Lehrbuch **1** § 87e Anm. 16; Leonhard S. 367 f.; a. M. Rosenberg, Arch. S. 83 f.; Düringer-Hachenburg S. 292; Staub, Anm. 32 f.

[10]) Recht **03** 360 Nr. 1962.

Sollte es jedoch dem Kläger in konkretem Falle nicht möglich sein, auf diese Weise die stillschweigende Vereinbarung eines angemessenen Kaufpreises zu beweisen, so bleibt ihm noch der Weg, auf Grund des § 315 den angemessenen Preis zu erlangen, als eine für eine Leistung versprochene Gegenleistung, deren Umfang nicht bestimmt ist. Auch in diesem Fall trägt er dafür die Beweislast, daß nichts über den Umfang der Gegenleistung (Geld) vereinbart ist.[11])

Häufig wird der Kläger des Beweises seiner Behauptung, es sei über die Höhe des Preises nichts vereinbart, dadurch enthoben sein, daß sie als „offenkundig" für bewiesen gilt. Dies wird immer dann der Fall sein, wenn es im Verkehr als üblich erscheint (z. B. bei Bestellung eines Hotelzimmers, bei Entnahme von Speisen und Getränken in Wirtshäusern), über den Preis überhaupt keine besonderen Vereinbarungen zu treffen. Dem Beklagten, der die ausdrückliche Vereinbarung eines niedrigeren Preises behauptet, bleibt es überlassen, durch Anführung von Tatsachen die Ueberzeugung des Richters zu erschüttern. Eine Beweislast kann er also damit nicht übernehmen.

Noch bestrittener sind in der Beweislastlehre die Fälle, bei denen die Worte hie Leugnungstheorie — hie Einredetheorie, die Schlagworte bilden. Es sind dies die Fälle, in denen der Beklagte zwar zugibt, den der Klage zugrunde liegenden Vertrag abgeschlossen zu haben, jedoch behauptet, daß er noch mehr Nebenbestimmungen dazu enthalte, als der Kläger vortrage. Diese letzteren hätten die Wirkung, daß wenigstens im Zeitpunkt der Klage das vom Kläger behauptete Recht nicht entstanden sei.

Die Leugnungstheorie sieht in diesem Vorbringen des Beklagten lediglich eine Leugnung des klägerischen Anspruchs und erklärt daher den Kläger für beweisbelastet, während die Einredetheorie in der Einlassung des Beklagten die Behauptung „selbständiger juristischer Tatsachen" erblickt, die eine Einrede des Beklagten begründeten. Der Beweis jenes behaupteten weiteren Vertragsinhaltes sei daher vom Beklagten zu verlangen.

Der Hauptstreit dreht sich um die Frage der Beweislast bei der aufschiebenden Bedingung und Befristung.

---

[11]) Recht **01** 492; vgl. auch Kitz (Heidelberger Diss.) S. 38.

Hat der Verkäufer, der die Einigung über Ware und Preis dargelegt hat, bestrittenenfalls zu beweisen, daß der Vertrag unbedingt abgeschlossen wurde, oder trägt der Beklagte für seine Behauptung die Beweislast, der Vertrag sei unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossen, der zufolge er nicht oder noch nicht verpflichtet sei?[12]) In erster Linie handelt es sich also darum, wer die Beifügung oder Nichtbeifügung der Bedingung zu beweisen hat, erst in weiterer darum, wer die Erfüllung der Bedingung darzulegen hat.

Die Vertreter der Einredetheorie, besonders die der Minimaltheorie, argumentieren folgendermaßen:[13]) Für den Kläger muß es genügen, die Tatsachen darzutun, welche die Anwendung der von ihm angerufenen Normen des Gesetzes rechtfertigen. Der Verkäufer hat also, wenn er den Kaufpreis oder Abnahme der Ware fordert, nur die Einigung über Ware und Preis zu beweisen. Nur diese bilden seinen eigentlichen „Klagegrund". Da der Richter auf Grund dieser erwiesenen tatsächlichen Behauptungen die Norm des § 433 anzuwenden in der Lage ist, so obliegt es dem Beklagten besondere Zusätze und Abreden, z. B. auf Probe gekauft zu haben, die „Voraussetzungen anderer Rechtssätze"[14]) oder „Gegennormen",[15]) also die aufschiebende Bedingung oder Befristung darzutun, auf Grund deren er den Anspruch des Klägers negieren zu können glaubt. Zum nämlichen Schluß kommt auch Beckh zufolge seiner Theorie von der bloß affirmativen Beweislast.

Die Leugnungstheorie, die in der im Entwurfe I des BGB. aufgenommenen Vorschrift des § 196 ihren Niederschlag gefunden hat, hat dagegen den Standpunkt eingenommen, daß der Beklagte, der die Bedingtheit oder Befristung des Geschäftes behauptet, dessen Wirkung leugnet. Ihre Begründung ist keine einheitliche und in ihrer Durchführung nicht konsequent. Die Mehrzahl betont in der Hauptsache, daß das bedingte oder be-

---

[12]) Es braucht nicht besonders erwähnt zu werden, daß man dem Beklagten nicht gestatten kann, einfach zu leugnen, daß das Geschäft unbedingt abgeschlossen sei, sondern verlangen kann, daß er behauptet z. B. wie, wo und wann die Bedingung gesetzt sei (substantiiertes Leugnen). Denn erst jetzt ist man in der Lage, vom Kläger den Beweis zu verlangen, daß dieses ganz konkret bestimmte Ereignis nicht eingetreten sei (vgl. dazu Seuffert, ZZP. 35 109).

[13]) Literaturangabe bei Betzinger S. 162.

[14]) Rosenberg, ArchZivPrax. S. 35.

[15]) Betzinger S. 161.

fristete Rechtsgeschäft ein „andres“ sei, als das vom Kläger behauptete; doch hat schon Staub[16]) treffend dargelegt, daß „das Anderssein nicht das Losungswort im Kampf um die Beweislast“ sei. Das Hauptargument der Leugnungstheorie ist neben dem der Unteilbarkeit des Geständnisses des Beklagten[17]) das der Einheitlichkeit und untrennbaren Natur des Rechtsgeschäftes als ganzes.[18]) Auch diese Beweisführungen sind unzureichend und haben den Vertretern der Einwendungstheorie genug Gelegenheit geboten, an ihnen Kritik zu üben.[19])

Der Gegensatz der beiden Meinungen wurzelt im Grund genommen in einer verschiedenen Auffassung des Wesens jener sogenannten „besonderen Zusätze“.[20]) Die Einwendungstheorie sieht in ihm nach römisch-rechtlicher Denkungsweise lediglich accidentalia, die, wenn sie nicht zugunsten des Klägers sprechen,[21]) nicht zum Klagegrund gehörten, während sie die Leugnungstheorie für ebenso rechtsbegründend hält, wie die Verabredung über den Preis der Ware. M. E. gehört die Bedingungslosigkeit des Kaufvertrages notwendig zum rechtsbegründenden Tatbestand, den der Kläger beweisen muß, um die Wirkung des § 433 hervorzurufen. Unrichtig ist die Ansicht Beckhs (S. 171), daß weder Bedingtheit noch Unbedingtheit für einen rechtsgeschäftlichen Tatbestand wesentlich sei. Entscheidend ist die Meinung Leonhards,[22]) daß die Unbedingtheit zum Tatbestand der Rechtswirkung gehöre. Wenn wir auch nicht mit Leonhard der Ansicht sind, daß der gesamte Tatbestand der Rechtswirkung vom Kläger bewiesen werden müsse, so sehen wir doch unser Ergebnis als eine konsequente Folge des an die Spitze unserer Darlegungen gestellten Satzes an: Der Kläger trägt die Beweislast für sämtliche notwendigen im konkreten Falle als spezifisch rechtsbegründend erkannten Tat-

---

[16]) Vgl. auch Rosenberg, ArchZivPrax. S. 54 f.

[17]) Endemann a. a. O.; Dernburg, Bürgerl. Recht 1 466, in Anlehnung an den Code civil Art. 1356.

[18]) Bekämpft von Betzinger S. 112 f.

[19]) Vgl. auch Gautschi S. 224.

[20]) Brodmann (S. 96) ist dagegen der Ansicht, daß die Frage der Beweislast mit dem Wesen der Bedingung nichts zu tun hat. Dies hängt zusammen mit der überwiegenden Betonung, die in seinen Darlegungen das Prozessuale gegenüber dem Materiellen erfährt.

[21]) Beckh S. 185.

[22]) Leonhard S. 287.

sachen, soweit nicht das Gesetz besonders auf eine andere Beweislastverteilung hindeutet.[23])

Die Bedingungslosigkeit eines Rechtsgeschäftes haben wir als eine spezifisch rechtsbegründende Tatsache kennen gelernt. Auch ihr Vorhandensein hat also (ohne Rücksicht auf die Parteirolle) derjenige zu beweisen, der die an sie knüpfenden Rechtswirkung geltend macht, mag sie auch anfangs nur stillschweigend im Klagevorbringen enthalten sein.[24]) Das Gesetz gibt nicht den allergeringsten Anhalt anders zu entscheiden. Für unsere Ansicht, besonders Wach, ZZP. 29 393, Hellwig, Syst. S. 483, der wohl das nämliche meint, wenn er erklärt, „daß der Kläger den Inhalt der Vereinbarung vollständig angeben müsse," da die Bedingungslosigkeit ein wesentliches Stück des Vertrages ist.[25])

Ist die Beifügung einer aufschiebenden Bedingung oder Befristung erwiesen, so hat derjenige, der die Rechtswirkung des Vertrags in Anspruch nimmt, die Erfüllung derselben zu beweisen.

Noch heißer umstritten ist die wichtige Frage, wer eigentlich bei einer Geltendmachung einer dispositiven Norm die Beweislast dafür trage, daß „nichts vereinbart sei", mit a. W.: daß sie durch den Willen der Partei ausschließbare Rechtsfolge im konkreten Falle nicht ausgeschlossen worden sei.[26])

Die Lager spalten sich auch hier wieder in Leugnungs- und Einredetheorie. Die Einredetheorie begründet ihren Standpunkt in ähnlicher Weise wie oben, damit nämlich, daß der Beklagte den Beweis einer besonderen Vereinbarung erbringen muß, wenn

---

[23]) Diese Klausel läßt die Befürchtung Beckhs unbegründet erscheinen, „es könnte überhaupt keine Beweislastverteilung geben, wenn der ganze objektiv zur Begründung eines Rechts erforderliche Tatbestand in jeder Beziehung nach positiver und negativer Richtung gegen die Beweislast des Angreifers stünde."

[24]) Petersen-Anger, Komm. z. ZPO., Bem. 2 zu § 289.

[25]) RG. 68 307; Stölzel, Recht 01 503 ff.; Burckhard S. 161; Seuffert, ZZP. S. 511; Kisch, ZZP. 30 538; Leonhard S. 315 f.; Kleinfeller S. 319; Weismann S. 124 f.; JW. 02 376; 61 863; Gaupp-Stein zu § 282 IV, 5; Endemann, Lehrbuch 1 § 76; vgl. auch Kitz, Heidelberger Diss. 1913.

[26]) Eigentlich behandeln wir hiermit nicht mehr die Beweislast einer spezifischen rechtserzeugenden Tatsache, sondern einer solchen, die nach unserer Systematik schon zu den allgemeinen Voraussetzungen einer Rechtswirkung zu zählen wäre. Wegen des inneren Zusammenhanges mit der eben erörterten Frage wird sie hier untersucht.

er behauptet, es sei abweichend vom Gesetz vereinbart, z. B. eine andere Mängelhaftung bei Verkauf der Sache oder ein anderer Erfüllungsort oder eine andere Qualität (als § 243 BGB.) oder eine andere Kündigungsfrist (als § 609 BGB.). So hält Rosenberg[27]) deshalb den Beklagten für beweispflichtig, weil er „den Tatbestand eines zweiten, in jedem dispositiven Rechtssatze latent enthaltenen Satzes annimmt, der die Abänderung der naturalia negotii gestattet und geschaffen hat"; Betzinger erblickt in dem Vorbringen des Beklagten eine Gegennorm zu der Regelnorm des Gesetzes und Unger legt seiner Beweislastverteilung das alte Verhältnis von Ausnahme und Regel zugrunde.[28]) Andere Schriftsteller[29]) erklären, der dispositive Inhalt gehöre gar nicht zum Inhalt des Rechtsgeschäftes, da er nicht auf ihm, sondern unmittelbar auf dem Gesetz beruht. Deshalb trage der die Beweislast, der eine die gesetzliche Wirkung ausschließende Verabredung behauptet. Dem muß widersprochen werden, indem wir auch hier Leonhard (S. 283) beipflichten: Alle Rechtswirkungen beruhen in letzter Linie auf Gesetz, die der dispositiven Rechtssätze aber erst auf Grund des vom Gesetz sanktionierten Vertragswillens der Parteien. Gegenüber Beckh (S. 188) leugnen wir weiterhin die direkte Bedeutung des Tatsächlichen und des Negativen für die Beweislast; denn wir müssen betonen: nirgends hat das Gesetz Ausdruck verliehen, daß auf Grund dieses flüssigen Gegensatzes eine konstant bleibende Beweislastverteilung vorzunehmen ist.

Wenn wir auch der Ansicht sind, daß die Dispositivregeln der Niederschlag der üblichen vertragsmäßigen Festsetzungen der Parteien sind,[30]) so behaupten wir doch, daß der Richter erst dann den dispositiven Satz anwenden könne, wenn ein entgegenstehender Wille der Partei nicht vorhanden ist; denn da das Gesetz keine zwingende Norm aufstellt, will es die Vereinbarung der Partei im rechtsgeschäftlichen Verkehr in erster Linie sanktionieren.[31]) Es ist unrichtig, in Leug-

[27]) Arch. 94 99, 106.

[28]) Aehnlich Düringer-Hachenburg S. 288 f.; Endemann S. 490 ff.; Fitting, ZZP. 13 58; Kisch, ZZP. 30 533; Kreß S. 62 ff.; Reinhold S. 94.

[29]) Wach S. 383; Staub S. 12 f.; Weismann S. 125; Beckh S. 185 ff.; Stein zu § 282 IV 6; vgl. auch Bülow, ZivArch. 64 75 ff.; Stammler, ebenda 69 21 ff.

[30]) Vgl. Danz in IheringsJ. 38 390.

[31]) Bestritten von Rosenberg S. 67.

nung dieses Moments zu behaupten, daß es „keines rechtserzeugenden Faktors bedürfe, um die dispositive Norm in Bewegung zu setzen".[32]) Dieser rechtserzeugende Faktor liegt vielmehr in der ausdrücklichen oder stillschweigenden Billigung aller Rechtsfolgen, die das Gesetz an die Vereinbarung der Parteien knüpft für den Fall, daß der Parteiwille nichts anderes bestimmt.[33]) Der Umstand, daß die Parteien nicht an die einzelnen Rechtsfolgen gedacht zu haben brauchen, um die rechtliche Geltung der Dispositivnormen zu erzeugen, spricht in keiner Weise gegen unsere Behauptung.[34])

Wir leugnen daher,[35]) daß derjenige, der den Ausschluß einer dispositiven Rechtsfolge durch abweichende Parteivereinbarung behauptet, dies im Streitfall beweisen müsse. Vielmehr trifft den Kläger dann, wenn er die dispositiven Rechtsfolgen geltend macht, der Beklagte aber sich darauf beruft, daß eine dieselben ausschließende Verabredung getroffen sei, die Beweislast dafür, daß nichts Besonderes vereinbart sei. Denn diese Negation gehört zu dem rechtsbegründenden Tatbestand der Dispositivnorm. Das RG. hat in Band 68 S. 307 deutlich ausgesprochen, daß der Kläger sich auf einen Vertrag berufen müsse, in dem nichts anderes bestimmt sei, und deshalb auch hierfür beweispflichtig sei. Diese Stellungnahme des RG. ist um so erfreulicher, nachdem es erst in Band 57 S. 49 „aus dem Wesen und Zweck" der dispositiven Normen ganz allgemein folgern zu können geglaubt, daß ihre Ausschließung vom Gegner zu beweisen sei.

Wie der Beweis, daß nichts anderes vereinbart sei, im Einzelfall erbracht wird, liegt auf dem Gebiete der richterlichen Beweiswürdigung. Gewöhnlich wird z. B. angeführt, daß eine Urkunde, in der von einer abweichenden Vereinbarung nicht die Rede sei, im allgemeinen auch deren Nichtvorhandensein beweise;[36]) freilich hat Staub (S. 15) recht, wenn er sagt, der Kläger müßte, falls der Richter sich im konkreten Fall mit dem

---

[32]) Vgl. Staub S. 13.

[33]) A. M. Hellwig, System S. 482.

[34]) Staub a. a. O.

[35]) So auch Leonhard S. 277 f.; Stölzel, Vorbem. Schulung, ZZP. 35 1; Recht 06 571; Kipp bei Windscheid S. 2, 127; Hellwig, System S. 483; Seuffert, Komm. zu §§ 283 ff.

[36]) Vgl. RG. 52 33; Kitz S. 42 f., unrichtig, insoweit eine Regel der Beweislast angenommen wird.

Hinweis auf die Vertragsurkunde nicht begnügen könne, auch beweisen, daß weitere mündliche Abreden fehlten.

Die Fassung des Gesetzes begünstigt außerordentlich das Erkennen dessen, was das Gesetz als wesentliche, spezifisch rechtsbegründende Voraussetzung seines Rechtsbefehls festgestellt wissen will. Besonders haben auch die Vertreter der Satzbautheorie darauf hingewiesen, daß immer dann ein Umstand zum beweisbedürftigen Tatbestand einer gesetzlichen Norm gehört, wenn er in einem positiven Relativ- oder Konditionalsatz zusammengefaßt ist, der mit „wer", „wenn", „nur wenn" (§§ 873, 251 II, 725), „sofern" eingeleitet ist. Einen negativen Konditional- oder Relativsatz enthält in der Regel nur dann die spezifisch rechtsbegründenden Tatbestandsmerkmale einer Norm, wenn das „nicht" von dem „wenn" oder „wer" usw. noch durch andere Worte als durch ein persönliches oder hinweisendes Fürwort getrennt ist. Wenn auch diese äußerlichen Anzeigen nicht ausschlaggebend sein können, so darf man doch ihre Bedeutung für die Erkenntnis der richtigen Beweislastverteilung nicht verneinen.

Schließlich gilt es noch, die Ansicht zu widerlegen, die davon ausgeht, daß das BGB. grundsätzlich auf eine Beseitigung des negativen Beweises hinziele, den Beweis von Negativen, mögen sie auch materiell Voraussetzungen eines Rechtes sein, dem Angreifer erlassen und der Gegenseite den Beweis des positiven Gegenteils aufbürden. Grundsätzlich ist festzustellen, daß der Kläger auch die Beweislast für die negativen Tatsachen trägt, die er zur Begründung seines Anspruchs behaupten muß.[37]) Daß auch das BGB. dem recht gibt, haben wir soeben aus der Beweisbedürftigkeit der negativen Tatbestandsmomente und der negativen Konditionalsätze (wenn .... nicht) ersehen. Doch haben auch bereits die Motive[38]) einen solchen Grundsatz von der Beweisbedürftigkeit der Negativen abgelehnt mit den Worten: „Es sei ohne Belang für die Beweislast, ob die zu beweisende Tatsache positiv oder negativ, ob sie in dem Vorhandensein oder Nichtvorhandensein gewisser Umstände bestehe". Denn auch ein Nichtgeschehen

---

[37]) Nicht zu billigen Gautschi S. 102 ff., der hier je nach der Schwierigkeit des Beweises die Beweispflicht normieren will.

[38]) 1 383; ebenso Wach S. 388: nicht gilt: wer positiv behauptet, beweist; RG. in Bolze 5 1135; Kleinfeller S. 317; Kisch, ZZP. 30 533; Seuffert, ZZP. 35 105.

muß bewiesen werden, wenn es rechtserzeugende Voraussetzung einer Norm ist,[39]) z. B. die Nichtschuld bei der Rückforderung einer Zahlung aus § 812.[40]) Abzulehnen ist daher im einzelnen die aus der negativen Theorie gezogene Konsequenz, daß immer die positive Kenntnis, nie aber die Unkenntnis, Gegenstand des Beweises sei. Leonhard[41]) betont richtig, daß sehr oft Negativen zum beweisbedürftigen Tatbestand gehörten. Stützt sich z. B. ein Deliktsanspruch auf eine schuldhafte Unterlassung des Beklagten, so muß der Kläger dessen pflichtwidriges Nichtstun beweisen (z. B. daß er bei Glatteis nicht vor seinem Hause gestreut habe). Ebenso hat der Käufer, der aus Interesseleistung aus Kauf klagt, weil der Verkäufer ihm nicht das Recht am Kaufsgegenstand verschafft hat, den Mangel im Recht zu beweisen (§ 442). Schon deshalb ist für die Beweislastlehre mit dem Satz nichts gewonnen, daß Negativen regelmäßig nicht bewiesen zu werden brauchen, weil das Erkennen dieser Regel sehr schwer fallen würde. Es ist ja richtig,[42]) daß das BGB. es vermeidet, die Anwendbarkeit einer Norm von einem Nichtgeschehen abzuleiten; dies kann man schon daraus schließen, daß meist nur Handlungen, nicht Unterlassungen zu beweisen sind (§§ 345, 358), daß sehr häufig die Erfüllung von Verbindlichkeiten Gegenstand von Beweisen ist; auch daran, daß in den §§ 832, 834, 836, 837. 838 BGB. dem Gegner der Beweis der positiven Sorgfalt bei der Aufsicht oder Schadensabwendung auferlegt wird,[43]) hieraus aber ein Prinzip abzuleiten, ist ungerechtfertigt.

β) Ausnahmen von der Beweisbedürftigkeit spezifisch rechtsbegründender Tatsachen.

1. Kraft Analogieanwendung.

Im Wege des Analogieschlusses entnehmen wir unmittelbar dem Gesetz eine erste wichtige Ausnahme von dem Satz, daß Kläger alle in einer Anspruchsnorm als wesentlich aufgestellten Voraussetzungen zu beweisen habe.

§ 340 führt als wesentliche notwendige Voraussetzung der Verwirkung der Konventionalstrafe den Eintritt des Falles auf, daß der Schuldner seine Verbindlichkeit nicht erfüllt. Für die

---

[39]) Vgl. Kreß S. 68.

[40]) RG. 49 302 Betz. Nr. 131 und 178.

[41]) Leonhard S. 59.

[42]) Rosenberg S. 118; Brodmann S. 143 f.; Motive 2 729; 3 364, 347; 5 561.

[43]) Vgl. näher S. 74.

Beweislastverteilung hätte dies nach den bisherigen Darlegungen die Bedeutung, daß dem klagenden Gläubiger auch der Beweis dieses Umstandes aufzuerlegen wäre. Nun bestimmt jedoch das Gesetz in § 345 ausdrücklich, daß in allen Fällen, in denen der Schuldner die Verwirkung seiner Strafe bestreitet, weil er seine Verbindlichkeit erfüllt habe, nicht dem Gläubiger der Beweis der Nichterfüllung, sondern entgegen unserer Regel dem Schuldner der der Erfüllung als „Einwendung" obliege.

Welcher Wille des Gesetzgebers tritt uns in dieser ausdrücklichen Beweislastverteilung entgegen?

Folgt hieraus durch argumentum ex contrario, daß das Gesetz damit anerkennt: Hätte es die ausdrückliche Beweislastverteilung nicht vorgenommen, so hätte unser Satz von der Beweisbedürftigkeit sämtlicher rechtserzeugender Tatumstände gelten müssen. Oder haben wir in § 345 den rein deklaratorischen Ausdruck einer sich auch ohnehin aus dem materiellen Recht ergebenden Beweislastverteilung zu erblicken?

Meines Erachtens nur das letztere.[44]) Nehmen wir den einfachen Fall an, der Gläubiger belangt seinen Schuldner auf Leistung, so braucht er, wie wir bereits aus dem Satz, daß der Kläger nur die Entstehung seines Rechtes zu beweisen hat, erkannt haben und wie wir noch unten als aus dem BGB. hervorgehend ersehen werden, nur die Begründung seiner Forderung darzutun, während der Beweis des Untergangs derselben durch Erfüllung dem Schuldner obliegt. Hier ist es also ohne weiteres klar, daß nicht Nichterfüllung, sondern Erfüllung Beweisthema sein soll. Die Beweislastverteilung kann nun aber natürlich keine andere sein, wenn der Gläubiger anstatt Leistung die Vertragsstrafe fordert, mag dabei auch nach dem Gesetz die Nichterfüllung des Gegners die Voraussetzung seines Anspruchs bilden.[45]) In gleicher Weise vollzieht sich die Beweislastverteilung des § 542 BGB. Materielle Voraussetzung der Kündigung des Mieters ist, daß der Vermieter den vertragsmäßigen Gebrauch der Mietsache nicht rechtzeitig gewährt. Gleichwohl hat der auf Feststellung seines Kündigungsrechtes klagende Mieter nach Abs. 3 nicht das Vorliegen dieser Bedingung

[44]) A. M. Leonhard S. 357, er sieht in obiger ausdrücklicher Beweislastverteilung eine Ausnahme von der Regel, die nicht Platz greifen würde, wenn es das Gesetz nicht ausdrücklich bestimmte.

[45]) Uebereinstimmend Gautschi S. 85. Mit Recht wird Staudinger (§ 282 Ziff. 1) abgelehnt.

darzutun; Sache des beklagten Vermieters ist es, zu beweisen, daß er den Gebrauch der Sache rechtzeitig gewährt hat. Auch hier bestimmt das Gesetz ausdrücklich, daß nicht Nichterfüllung, sondern Erfüllung Beweisthema ist.

Ebenso hat im Falle der §§ 436 und 358 der Gesetzgeber dem Beklagten den Beweis der Erfüllung auferlegt, obwohl doch nach unserem Satz von der Beweisbedürftigkeit aller spezifisch rechtsbegründenden Tatsachen eigentlich der Kläger als Voraussetzung seines Rücktrittsrechts die Nichterfüllung des Beklagten zu behaupten und zu beweisen hätte.

Sehr lehrreich ist die Beweislastverteilung im Falle der kassatorischen Klausel. Gläubiger behauptet Fälligkeit des ganzen Kapitals, weil Schuldner die Raten oder Zinsen nicht pünktlich bezahlt habe. Daß Gläubiger die Fälligkeit der Raten oder Zinsen darzutun hat, wird nicht bestritten werden. Obliegt ihm aber auch der Beweis der Nichtzahlung oder ist es vielmehr nicht Sache des Schuldners, den Beweis der Zahlung zu führen? Die weitaus herrschende Meinung erklärt mit Recht den Schuldner für beweispflichtig, aus zwei Gründen:

1. Würde der Gläubiger lediglich auf Zahlung der Raten klagen, so trage den Beweis der Zahlung als einer rechtsaufhebenden Tatsache sicherlich der Schuldner. Seine Beweispflicht ändere sich nicht, wenn der Gläubiger auf Grund der kassatorischen Klausel die Fälligkeit des ganzen Kapitals geltend mache (besonders RG. 41 220).

2. Das Wesen der kassatorischen Klausel bestätigt unsere Beweislastverteilung. Die kassatorische Klausel hat im Rechtsverkehr eine ganz besondere Bedeutung, daß nämlich der Schuldner nur durch pünktliche Zins- oder Ratenzahlung die Fälligkeit der ganzen Schuld abzuwenden vermöge. Die kassatorische Klausel ist im Interesse des Gläubigers gegeben und bedeutet keinesfalls, daß dem Schuldner das Kapital gestundet werde bis zur Nichtzahlung. Auch hieraus erhellt, daß dem Schuldner der Beweis der Zahlung obliegt — wenn auch der Gläubiger sein Begehren auf die Tatsache der nicht rechtzeitigen Erfüllung stützt.[45a])

Diesen Beispielen entnehmen wir folgenden Grundsatz: Regelmäßig trägt die Partei die Beweislast für alle ihr

[45a]) Vgl. Gaupp-Stein zu § 726 II; OLG. Köln in RheinArch. 85 1, 55; 90 1, 180; OLG. Dresden in SächsAnn. 10 263; 18 37. Mit Recht wird bei fast allen Schriftstellern auf die Analogie mit BGB. §§ 345 und 358 hingewiesen.

Recht spezifisch begründenden Tatsachen. Zu den letzteren gehören nicht solche Tatsachen, die zwar auch materielle Vorbedingungen des behaupteten Rechtes der Partei bilden, deren Verneinungen jedoch bereits in bestimmter Weise vom Gesetz bei Gelegenheit der Geltendmachung eines anderen Anspruchs als Beweisthemen des Gegners aufgestellt worden sind. Auf daß die Beweisverteilung dieses 2. Anspruchs einen solchen Einfluß auf das Beweisthema des erstgenannten Anspruchs äußert, muß er folgende Voraussetzung erfüllen:

Entweder stellt er gegenüber dem ersten Anspruch den einfachen, primären Fall dar. Der Beweis der Tatsachen, die in ihm auf Grund des klar zum Ausdruck gebrachten Willens des Gesetzes das Beweisthema einer bestimmten Partei bilden, bleibt ihr auch im sekundären Fall überlassen,

oder er steht mindestens in so engem sachlichen Zusammenhang mit dem 1. Anspruch, daß eine analoge Uebertragung der bei ihm unbestritten feststehenden Beweislastverteilung auf den 2. Anspruch aus den Gründen der Logik und Gerechtigkeit geboten erscheint.[46])

Weitaus die häufigste Anwendung finden unsere Darlegungen dann, wenn nach dem Gesetz der Gläubiger die Nichterfüllung seines Schuldners zu behaupten hat, jedoch des Beweises derselben enthoben ist, mit Rücksicht darauf, daß bereits bei Vorliegen des primären Falles den Schuldner der Beweis der Erfüllung trifft. Dies ist z. B. dann der Fall, wenn nicht der auf Grund einer bestehenden Forderung zulässige Hauptanspruch, sondern ein nur mittelbar auf dieser Forderung beruhender Nebenanspruch geltend gemacht wird; hier hat derjenige, der aus einem Verzuge des Gegners auf Schadensersatz klagt, nie die eigentlich seinen Anspruch begründende Tatsache der Nichterfüllung des Gegners zu beweisen; sondern die Erfüllung ist, wie bei Geltendmachung des Hauptanspruchs, Beweisthema des Schuldners (ebenso bei Klage aus §§ 642 I, 360, 361, 557, 597).[47])

Auch hat in allen den Fällen, in denen jemand, der die Entstehung seines Rechtes oder den Untergang des Rechtes eines

---

[46]) Diese letztere Unterscheidung ist insofern eine sehr flüssige, als doch schließlich jede Beweislastverteilung auf direkter oder indirekter Anordnung des Gesetzes ruht.

[47]) Vgl. Unger 2 566 f.; Reinhold, Klaggrund S. 74 f.; Enneccerus, Lehrbuch I. 1 460; I. 2 94 f.; ROHG. 11 133; RG. 41 221; 45 359; Wach S. 390; JW. 16 369; Weismann S. 122.

anderen damit begründet, daß der Gegner innerhalb einer bestimmten Frist einer bestehenden Verpflichtung z. B. (einer Leistung) nicht nachgekommen sei, auf diesen Umstand als eine sein Recht spezifisch begründende Tatsache sich berufen muß, nur zu beweisen, daß die betreffende auf Vereinbarung oder Gesetz begründete Frist, soweit es erforderlich war, gesetzt und daß sie verstrichen sei, nicht aber, daß die bestimmte Erfüllungstatsache während dieser Zeit nicht eingetreten sei.[48])

Es lassen sich noch weiter viele Fälle denken, in denen die Beweislastverteilung in einem bestimmten Prozeß sich erst ergibt, wenn man sich die Verteilung der Beweise in einem dem geltend gemachten Anspruch wegen seines primären Charakters gleichsam übergeordneten Anspruchs vorstellt.[49]) Nehmen wir an: A. klagt auf Grund der §§ 433, 651 gegen B. auf Zahlung des Kaufpreises für eine nach bestimmten Zeichnungen hergestellte Maschine. Beklagter gibt zwar den Abschluß des Kaufvertrages, sowie die Abnahme der Maschine zu, beruft sich jedoch auf die Mangelhaftigkeit der den Lieferungsbedingungen nicht entsprechenden Maschine, erklärt eine mangelhafte Maschine nicht gekauft zu haben und leugnet daher zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet zu sein. Hat der Kläger die Mängelfreiheit der Maschine zu beweisen?[50]) An und für sich gehört ja das Vorhandensein der zugesicherten Eigenschaften zum Vertragsinhalt und damit zum rechtsbegründenden Tatbestand desjenigen, der aus diesem Vertrag Rechtsfolgen ableitet. Nun aber kommt in dem den primären Fall enthaltenden § 463, der dem Käufer wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft einen selbständigen Ersatzanspruch gewährt, deutlich zum Ausdruck, daß das Fehlen der zugesicherten Eigenschaften Beweisthema des Schuldners sein soll.[51]) Demnach hat auch in unserem Falle Kläger die Mängelfreiheit nicht zu beweisen.

---

[48]) Richtig Betzinger S. 175.

[49]) Z. B.: Auf Grund der §§ 282 und 325 hat der Geber in § 338 seine Schuldlosigkeeit zu beweisen, trotzdem an und für sich sein Verschulden den rechtserzeugenden Tatbestand des Rechtes des Empfängers der Draufgabe bildet.

[50]) Vgl. Rosenberg S. 143 f.; Weismann S. 123; Betz S. 175; Planck, Lehrbuch 1 45 Vorbem. 4.

[51]) Auf den nämlichen Erwägungen beruht die Beweislastverteilung des § 344.

Es ist klar, daß eine solche, auf Analogieschluß beruhende Beweislastverteilung nur Anwendung finden kann, wenn die Voraussetzung des engen Zusammenhangs gegeben ist, wie wir sie soeben formulierten. So liegt es auf der Hand, daß diese Verteilung da nicht Platz greift und daher gegenüber der regelmäßigen Beweislastverteilung zurücktritt, wo diese Voraussetzung fehlt. Demnach ist es verfehlt, den Gedanken von der bindenden Charakterisierung einer Tatsache als Beweisthema einer bestimmten Partei auszudehnen auf Fälle, die eine analoge Beweislastregelung wegen Fehlens des notwendigen inneren Zusammenhangs mit dem Grundfall nicht gestatten. Daher hat der oben normierte Satz, daß derjenige, der sich auf einen Fristablauf beruft, nicht zu beweisen habe, daß während der Frist ein bestimmtes Ereignis nicht eingetreten sei, keine Geltung dann, wenn unmittelbar aus der Norm hervorgeht, daß das Nichthandeln innerhalb vereinbarter präklusiver Frist wahre Bedingung eines Rechtes ist[52]) und in keinem Zusammenhang mit dem Tatbestandsmerkmal eines anderen primären Anspruchs steht. So ist der Nichteintritt eines Ereignisses als spezifisch rechtsbegründende Tatsache zu beweisen in den Fällen der §§ 121, 124, 318, 1571, 1594, 1954, 2082.[53])

Auch für den Fall, daß nicht ein Tun des Schuldners, sondern eine Unterlassung Inhalt der Erfüllung ist, will das Gesetz, daß die allgemeine Regel wieder eingreifen soll, nach welcher der Angreifer sämtliche rechtsbegründenden Voraussetzungen zu beweisen hat; so muß nach § 358 derjenige, welcher die sekundäre Berechtigung (auf Schadensersatz usw.) aus dem pflichtwidrigen Handeln ableitet, dieses (die Nichterfüllung) beweisen. Der Satz, daß nur Nichterfüllung Beweisthema sein soll, erleidet durch § 363 BGB. eine weitere praktisch ungemein wichtige Ausnahme, wenn der Gläubiger eine ihm als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen hat; steht dies fest, so trägt er die Beweislast, wenn er die Leistung nicht als Erfüllung gelten lassen will, weil sie nicht die geschuldete sei.

Die dargelegte, auf Grund von Analogieschlüssen vollzogene Beweislastverteilung, konnte das Gesetz nicht durch die Fassung andeuten. Wie wäre ihm dies auch möglich gewesen, wenn es den betreffenden Tatumstand auf der einen Seite als

---

[52]) Vgl. Wach S. 391.

[53]) Rosenberg S. 144.

spezifisch rechtsbegründendes Tatbestandsmerkmal, auf der anderen Seite als nicht zu den beweisbedürftigen rechtserzeugenden Tatsachen gehörend, hätte charakterisieren wollen. Es blieb dem Gesetzgeber nur übrig, die Beweislastverteilung da, wo er es der Klarheit wegen für nötig hielt, noch besonders zum Ausdruck zu bringen.

So erklären sich auch m. E. die vielen Widersprüche in der Fassung, die wenigstens das Gute hatten, das man erkannte, daß der Satzbau allein nicht für die Beweislastverteilung ausschlaggebend sein könne. So widersprechen sich die §§ 323, 324, 325, wenn wir lediglich der Fassung folgten, hinsichtlich der Frage, ob der Gläubiger beweisen müsse, daß der andere Teil den Umstand, der die Unmöglichkeit hervorgerufen, zu vertreten habe, oder ob der Schuldner, daß er sie nicht zu vertreten habe. § 282 hat die Frage für immer zuungunsten des Schuldners der Leistung entschieden. So muß, wer als Schuldner durch Unmöglichwerden der ihm selbst obliegenden Leistung befreit zu sein behauptet, beweisen, daß seine Leistung unmöglich geworden sei, und daß er die Unmöglichkeit nicht zu vertreten habe.[54]) Auch im Falle des § 284 könnte man der Fassung nicht folgen; offenbar verlangt er, daß der den Verzug des Schuldners behauptende Gläubiger auch beweisen müsse, daß seine Forderung fällig gewesen sei. Es würde ihm also auch der Beweis obliegen, daß die Leistung vom Schuldner sofort zu erfüllen gewesen sei. Hiervon befreit ihn jedoch § 271, auf Grund dessen dem Schuldner die Pflicht auferlegt wird, darzutun, daß die geforderte Leistung nicht sofort zu erfüllen sei.[55]) Bei der Kreditgefährdung hat weiter nach § 824 I der Kläger zu beweisen, daß der Beklagte die Unwahrheit der verbreiteten Tatsachen kannte oder kennen mußte. Nach Abs. 2 hätte jedoch nach der Fassung der Beklagte darzutun, daß ihm die Unwahrheit unbekannt war. Trotzdem die Unkenntnis Voraussetzung der Rechtswirkung des Abs. 2 ist, muß doch auf Grund der klaren Beweislastverteilung des Abs. 1 auch in diesem Fall die Kenntnis Beweisthema sein.[56]) Ferner heißt es in § 627 II: „Der Verpflichtete darf nur in der Art kündigen . . . . es sei denn, daß ein wichtiger Grund für die unzeitige Kündigung vorliegt";

---

[54]) Vgl. Enecccerus, Lehrbuch I. 2 125.

[55]) Bestritten; vgl. Düringer-Hachenburg S. 218.

[56]) Vgl. Beckh S. 214; Leonhard S. 409; anders Rosenberg S. 130.

dann folgt weiter: „Kündigt er ohne solchen Grund, dann hat er den Schaden zu ersetzen". Die Fassungen widersprechen sich. Da jedoch schon aus Abs. 1 sich ergibt, daß das Vorliegen eines wichtigen Grundes die spezifisch rechtserzeugende Tatsache bildet und daher Beweisthema sein soll,[57]) so hat, wer den Schadensersatzanspruch des Abs. 2 geltend macht, nicht das Nichtvorhandensein des wichtigen Grundes zu beweisen; ebenso die §§ 671, 723; ähnlich §§ 1785, 1787.

Wiederum ist dieses auf Grund des Vergleichens zusammengehöriger Tatbestände gewonnene Ergebnis nicht auf alle Fälle auszudehnen, in denen das Vorliegen eines wichtigen Grundes oder das Nichtvorliegen Voraussetzung einer Rechtswirkung ist, und somit allgemein zu sagen: Die Tatsache des Vorliegens des wichtigen Grundes ist in allen diesen Fällen Beweisthema. Daß dies irrig ist, zeigen deutlich die §§ 1308, 1379, 1402, 1447, 1451, in denen das Fehlen eines wichtigen Grundes von dem zu beweisen ist, der sich darauf beruft.[58])

Viel zu weit geht Rosenberg,[59]) wenn er glaubt, daß gewisse allgemeine Rechtsbegriffe ein für allemal Gegenstand des Beweises sein könnten. Zu diesen Rechtsbegriffen zählt er die verschiedensten Dinge, z. B. Irrtum, Drohung, Vertretung, Bedingung, Erfüllung usw. Schon Kisch hat diese Begriffe für vollkommen inkommensurabel erklärt. Was jedoch die Hauptsache ist: die Ansicht ist irrig, daß, wo immer auch einer dieser Begriffe zur Sprache komme, stets seine Anwendung bedingt sei durch das positive Feststehen seiner konkreten Voraussetzungen und daher von dem zu beweisen sei, der es behauptet. Wir wissen, daß eine solche Beweislastverteilung nur auf Grund analoger Anwendung einzelner Tatbestände, und zwar nur unter einer bestimmten Voraussetzung, vorzunehmen ist. So ist es unrichtig zu behaupten, daß immer der böse Glaube oder die Kenntnis Beweisthema sei,[60]) oder daß stets der Schuldner, der für den Zufall haftet, das Vorliegen höherer Gewalt zu erweisen habe.[61]) Im Gegenteil muß man z. B. annehmen,

---

[57]) Vgl. Rosenberg S. 141; a. M. Leonhard S. 397.

[58]) Ebenso Leonhard S. 420.

[59]) S. 74 f., bes. S. 76; Kisch, ZZP. 30 536; vgl. auch Gautschi S. 91.

[60]) Vgl. Betzinger S. 176 f.; Beckh S. 61 ff.; Rosenberg S. 119 ff.

[61]) Enneccerus, Lehrbuch I. 2 125.

daß derjenige, der dem anderen Teil ein Verschulden nachweisen muß, auch darzulegen hat, daß keine höhere Gewalt vorlag.

2. Die keimzerstörenden Tatsachen.

Es gibt eine Gruppe von Tatsachen, die materiell zwar auch Entstehungstatsachen des Rechtes des Angreifers bilden, die jedoch nach klarem Willen des Gesetzes nicht zu dessen Beweislast stehen. Vielmehr soll ihr Nichtvorhandensein, d. h. ihr Gegenteil zu beweisen, dem Angegriffenen obliegen.

Daß es solche Tatumstände gibt, denen trotz ihres Charakters als Anspruchsvoraussetzung hinsichtlich der Beweislastverteilung eine andere Bedeutung zukommt, als dem spezifisch rechtsbegründenden, erkennen wir rein äußerlich schon daraus, daß das Gesetz selbst einen Tatbestand in zwei Tatsachengruppen zerlegt und damit erklären will, daß aus der einen Hälfte der Tatsachen schon das Recht hervorgeht, allerdings unter der Voraussetzung, daß nicht eine zweite gegenteilige Hälfte von Tatsachen vorliegt.[62]) Diese letzteren, die also die Verneinung an und für sich materieller Voraussetzungen von Rechten bilden, werden von der Literatur[63]) zur Unterscheidung von den eigentlichen rechtserzeugenden Tatumständen „keimzerstörende" Tatsachen genannt, deren Wirkung darin besteht,[64]) die Entstehung eines Rechtes zu hindern, obwohl dessen übrigen Voraussetzungen, die „Keime" des Rechtes, vorhanden sind.[65]) Der Gesetzgeber hat in der Fassung diese zweite Tatsachengruppe dadurch gekennzeichnet, daß er sie nicht auch als spezifisch rechtserzeugende Voraussetzung in den Satzbau einer Norm einstellt, sondern ihr Gegenteil als Ausschließungsgrund der Rechtswirkung aufführt. In diesem Sinne sind — vorausgesetzt, daß dabei überhaupt die Beweislastverteilung in Frage kommt[66]) — folgende Wendungen des Gesetzes von großer Bedeutung:[67]) „Eine Vorschrift findet keine Anwendung, es sei denn, daß . . ." oder „eine Vorschrift findet keine Anwendung, wenn . . .", „eine Rechtsfolge tritt nicht

---

[62]) Kohler, Enzykl. 2 112.

[63]) Die Bezeichnung hat Burckhard S. 147 ff. eingeführt; Reinhold S. 87 ff.

[64]) Vgl. z. B. Hellwig, System S. 475.

[65]) Stein (zu § 282 IV, 4b) sagt treffend: „Durch das Eingreifen dieser Tatsachen entstehen juristische Totgeburten."

[66]) Vgl. dazu Wach S. 377, 380 ff.

[67]) Vgl. Prot. (metall) 2 88/4; 6 384; Schmidt S. 487.

ein, wenn . . . ." oder „ist ausgeschlossen, wenn . . . ." oder „eine Rechtsfolge tritt ein, wenn nicht . . . .", „sofern nicht . . . .".

Der Satzbau bietet uns jedoch nur eine Unterstützung[68]) auf dem Wege, den wir beschreiten, besonders wenn wir uns bewußt sind, daß die verschiedene Bewertung, die das Gesetz seinen rechtserzeugenden Tatbeständen angedeihen läßt, ganz konsequent schon im Hinblick auf die Beweislast erfolgte. Den Grund der eben angedeuteten Beweislastregelung entnehmen wir also nicht lediglich der Fassung des Gesetzes, wir sehen ihn vielmehr in der vom Gesetz getroffenen Unterscheidung zwischen Tatsachen, die den Rechtsgrund einer Rechtswirkung bilden, und Tatsachen, die materiell nur Voraussetzung, Bedingung derselben sind. Erstere sind die spezifisch rechtsbewirkenden Tatsachen; sie stehen, wie wir gesehen haben, zur Beweislast des Angreifers. Letztere dagegen werden, mögen sie auch gleich wesentlich den ersteren sein, im Sinne der Kausalitätstheorie, als Ausschließungs- und Hinderungsgründe der Rechtswirkung in ihrer Verneinung zu keimzerstörenden Tatsachen gestempelt und damit zur Beweislast dessen gestellt, der die Rechtswirkung leugnet. Wir formulieren den somit gefundenen für die Beweislast überaus wichtigen Satz, den auch bereits Wach andeutet,[69]) folgendermaßen:

Im Prozeß genügt das Vorliegen derjenigen Tatsachen, die in ihrer Isolierung den eigentlichen Rechtsgrund des Anspruchs bilden, um denselben zu begründen, sodaß nur auf sie die Beweislast des Angreifers sich erstreckt. Dem Angegriffenen überläßt es das Gesetz, als Verteidigungsmomente den „Mangel im Tatbestande",[70]) das Fehlen der anderen positiven und negativen) materiellen Voraussetzungen anzuführen und zu beweisen, die nur Bedingungen der Rechtswirkung sind und nicht mehr dem Klagegrund des Angreifers angehören.

In einem Falle trifft das BGB. selbst ausdrücklich eine unsern Darlegungen entsprechende Beweislastverteilung, nämlich im Falle des § 179: Rechtsgrund des Erfüllungs- oder Schadensersatzanspruches sind die Tatsache des Vertragsabschlusses mit

[68]) Ebenso Endemann S. 483 ff.; Gaupp-Stein zu § 282 Anm. IV, 1b; anders Wach, ZZP. 29 374 ff.; Leonhard S. 120 ff.

[69]) Wach S. 374.

[70]) Zitelmann S. 26.

dem Vertreter und die Verweigerung der Genehmigung durch den Vertretenen. Eine weitere materielle Voraussetzung ist der Mangel der Vertretungsbefugnis des Beklagten. Für diese letztere Tatsache trägt jedoch der Kläger nach ausdrücklichem Gesetzeswillen nicht die Beweislast. Vielmehr hat der beklagte Vertreter ihr Gegenteil als keimzerstörende Tatsache zu erweisen. In Ermangelung ausdrücklicher gesetzlicher Beweislastregelung bildet nun, wie wir bereits hervorhoben, die Fassung des Gesetzes guten Anhalt für die richtige Durchführung der dargelegten Beweislastverteilung.

Beispiele: Im Falle des § 398 bildet materiell für das Eintreten dessen Rechtswirkung die Abtretbarkeit der Forderung, das heißt das Fehlen einer sie ausschließenden Abmachung, eine wesentliche Vorbedingung. Dennoch ist im Prozeß der Beweis des Vorhandenseins derselben als einer keimzerstörenden Tatsache dem Angegriffenen auferlegt, der den Eintritt der Rechtswirkung bestreitet. Denn der Wille des Gesetzes geht dahin, daß die Tatsache des Bestehens eines Zessionsvertrags für den Richter genügend sein soll, dem Angreifer das begehrte Recht zuzuerkennen. — Daß ein Testament wirksam sei, hat zur Voraussetzung, daß kein Erbvertrag oder Erbverzicht oder bloßer Widerruf von seiten des Erblassers die Wirksamkeit ausschließe. Gleichwohl bedarf der Richter vom klagenden Erben nicht den Beweis dieser Negative, weil sie nicht den eigentlichen Rechtsgrund seines Erbrechts bildet. Daher trägt für die Existenz eines Erbvertrags usw. der Gegner die Beweislast.[71]) — Ebenso ist materielle Voraussetzung des Eintrittes der Intestaterbfolge, daß der Erblasser nicht ein gültiges Testament errichtet hat; trotzdem braucht der Intestaterbe nicht das Fehlen einer letztwilligen Verfügung des Erblassers zu beweisen; das Vorliegen dieser keimzerstörenden Tatsache hat der Bestreitende darzutun.

Die wertvolle Unterscheidung zwischen Tatsachen, die den Rechtsgrund eines Anspruchs bilden und solchen, die in ihrer Verneinung keimzerstörende sind, veranschaulicht noch folgendes Beispiel:

1. Tatbestand des § 808 des BGB. Der Inhaber des Legitimationspapiers verlangt vom Aussteller Zahlung. Zum rechtsbegründenden Tatbestand gehört der Besitz der Urkunde wie auch das Bestehen des Gläubigerrechtes. Diesen Tatbe-

---

[71]) Vgl. Hellwig, System S. 484; Reinhold S. 87.

stand, den das Gesetz als den Rechtsgrund aufstellt, hat er im Streitfalle zu beweisen; also nicht nur die Tatsache des Besitzes, sondern auch, daß er z. B. durch Zession oder durch Indossament Gläubiger geworden oder aus einem anderen Grunde, z. B. durch Vollmacht, zur Ausübung der Forderung berechtigt sei.

2. Tatbestand des § 793 Abs. 1 des BGB. Der Besitzer des Inhaberpapiers verlangt Zahlung. Materiell ist er dazu natürlich nur berechtigt, wenn ihm auch das Gläubigerrecht zusteht. Den eigentlichen Rechtsgrund seines Verlangens bildet jedoch nicht sein Recht aus der Urkunde, sondern die gesetzliche Befugnis, die ihm sein Besitz gewährt. Er hat daher nur die Tatsache seines Besitzes zu beweisen. In der Negative, dem Mangel seines Rechts, sieht das Gesetz lediglich einen Hinderungsgrund der geltend gemachten Rechtswirkung, und hat sie in der Fassung „es sei denn, daß er zur Verfügung über die Urkunde nicht berechtigt sei" als keimzerstörende Tatsache charakterisiert. Für die Beweislastlehre ergibt dies, daß im Falle des § 793 I, im Gegensatz zu § 808, der Kläger nur den Besitz der Urkunde darzutun hat, während dem Aussteller als Beklagten der Beweis obliegt, daß jenem das Verfügungsrecht nicht zusteht.

Wenn der Beklagte solche keimzerstörenden Tatsachen vorbringt, welche die begehrte Rechtswirkung nicht eintreten lassen, so liegt darin also keine einfache Klageleugnung, da er ja nicht die vom Kläger vorgebrachten Tatsachen leugnet, wohl aber, wie Zitelmann sagt, eine „Einwendung des nichtentstandenen Rechts".

Das Motiv für die eben dargelegte Beweislastverteilung mag ja für den Gesetzgeber gewesen sein, daß er die vom Kläger vorzubringenden Tatsachen als die Regel, das Normale, und die des Beklagten als Ausnahmen oder das Anomale ansah; verfehlt ist es aber, eine Beweislastregel aufzustellen des Inhalts: wer sich auf die Regel stützt, habe fundatum intentionen, der Gegner beweise denn die Ausnahmen.[72]) Vielmehr ist uns entscheidend für die Beweislastverteilung, was im einzelnen Fall als Wille des Gesetzes aus dem Inhalt der Normen zu erkennen ist.

Das Reichsgericht meidet die Konstruktion von keimzerstörenden Tatsachen und kommt statt dessen zu der Annahme, daß es sich hier um Vermutungen für das Nichtvorhandensein jener Tatsachen handelt, denen wir die Wirkung der Rechtszer-

[72]) Vgl. Wach S. 380.

störung zuschreiben. Typisch für die Stellung des Reichsgerichts ist die jüngst ergangene Entscheidung in Band 78 S. 108: hier bringt das Reichsgericht zum Ausdruck, im Falle daß ein Geschäftsherr wegen Verschuldens seines Bediensteten auf Grund des § 831 auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird, „vermutet das Gesetz, daß der Geschäftsherr bei der Auswahl des Angestellten die im Verkehr erforderliche Sorgfalt vernachlässigt habe".[73])

Richtiger Ansicht nach begründen die Tatbestände der §§ 831, 832, 834, 836, 837, 839 nicht eine Vermutung für das Verschulden,[74]) sondern eine objektive Haftung, die nur in einigen Richtungen durch den Beweis gewisser keimzerstörender Tatsachen ausgeschlossen werden kann.[75]) Die Annahme einer Vermutung lehnen wir schon deshalb grundsätzlich ab, weil das, was dem Gesetzgeber vielleicht Motiv war, noch keine Norm ist, wie auch tatsächlich das Gesetz seinem Inhalte nach gar keinen Anhalt zur Aufstellung einer solchen Vermutung gibt. Nirgends finden wir in diesen Fällen den Ausdruck „Vermutung". Eingehender werden wir diesen Gegensatz bei dem Kapitel „Vermutungen" behandeln.

Die Literatur stimmt im Ergebnis fast einhellig[76]) mit obigen Darlegungen überein; nur die Begründung ist verschieden, je nach dem „System", das die einzelnen Schriftsteller von vornherein der Beweislastverteilung zugrunde legen. Fast allen von ihnen ist jedoch gemeinsam — und hierin unterscheiden sich unsere Ausführungen ganz besonders von ihnen —, daß sie jene keimzerstörenden Tatsachen hinsichtlich ihrer Stellung in der Beweislastlehre sachlich indentifizieren mit den Tatbestandsvoraussetzungen, die sie allgemein unter dem Gesamtbegriff von „rechtshindernden" Tatsachen aufführen. Es wird unten eingehend ausgeführt, zu welch irrigem Ergebnis es führen würde, wollte man die Beweislast der sogenannten rechtshindernden Tatsachen in

---

[73]) Ebenso Planck, Lehrbuch 3 zu § 831; JW. 01 762.

[74]) Vgl. z. B. Betzinger S. 173.

[75]) Vgl. Endemann, Lehrbuch 1 477; Wach S. 389.

[76]) Mit Ausnahme Leonhards S. 251, welcher erklärt, daß alle Voraussetzungen des klägerischen Rechts vom Kläger bewiesen werden müssen; er erkennt dadurch die von uns gemachte Ausnahme nicht an. Indem er jedoch aus der Fassung eine Anregungs- und Aufklärungslast des Beklagten entnimmt, kommt er unserer Stellungnahme in praxi ziemlich nahe.

analoger Weise ausdehnen auf die von uns als keimzerstörend gekennzeichneten Tatumstände.

b) Beweisbedürftigkeit der allgemeinen Voraussetzungen.

α) Die Unbrauchbarkeit der Konstruktion von rechtshindernden Tatsachen für die Beweislastlehre.

Bisher haben wir die Frage der Beweisbedürftigkeit der ein Recht spezifisch erzeugendenden Tatsachen behandelt. Nunmehr gelangen wir zu Tatumständen, die nicht nur einem einzelnen Recht eigentümlich sind, sondern als allgemeine Voraussetzungen vieler einzelner Rechte angesehen werden können.[77]) Hierher gehören besonders Begriffe, wie Geistesgesundheit, Geschäftsfähigkeit, Ernstlichkeit des Willens (im Gegensatz zum Scherz), Wirklichkeit des Willens (im Gegensatz zum Schein, Mentalreservation), Mängelfreiheit des Willens (gegenüber Drohung, Betrug, Irrtum, Wucher), Dispositionsfähigkeit (in bezug auf das veräußerte Recht), Verfügung innerhalb der eigenen Rechtssphäre.

Die Vertreter fast aller Theorien haben nun diese allgemeine Voraussetzung einer Rechtswirkung hinsichtlich der Beweislastverteilung nicht den Voraussetzungen der einzelnen Rechtsnorm gleichgestellt, sondern ihre Negativen in angeblicher Anlehnung an den Wortlaut oder Sinn des Gesetzes in bewußten Gegensatz zu letzteren gesetzt. So haben sie besonders allen den Tatbeständen, aus denen die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes erfolgt, „rechtshindernde“ Wirkung beigelegt und daher den Beweis ihres Vorliegens von dem verlangt, der die Nichtigkeit behauptet, und nicht den Beweis ihres Nichtvorhandenseins von dem, der die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes geltend macht. Sie erklären z. B., nicht sei Geistesgesundheit eine positive Voraussetzung der Entstehung eines Rechts, sondern sie sagen, die Geisteskrankheit dürfe nicht vorliegen, wenn demjenigen, der aus einem Rechtsgeschäfte Rechte herleitet, dieselben zuerkannt werden sollen. Geisteskrankheit sei eine negative Existenzvoraussetzung. Sie unterscheiden daher „rechtshindernde“ Tatsachen, die bewirkten, daß das im Entstehen be-

[77]) Vgl. Kisch, Deutsch. Zivilprozeßrecht S. 81: nennt sie „Umstände, die bei Geschäften oder unerlaubten Handlungen jeder Art vorliegen müssen, damit dieselben ihre Rechtswirkungen äußern.“

griffene Recht des Angreifers nicht zur Entstehung gelange. Ihr Vorliegen sei von dem zu beweisen, der die Entstehung des geltend gemachten Rechtes bestreitet. Auf diese Weise hatte man den Begriff von rechtshindernden Tatsachen erst für die Zwecke der Beweislast geschaffen und in das geltende Recht hineingetragen. Diese Konstruktion entbehrt des rechtfertigenden inneren Grundes; eine selbständige Bedeutung kommt ihr auch unabhängig von der Beweislast nicht zu.[78])

Allen denen, die jedoch in solcher Weise die Beweislastverteilung vornehmen wollen, unterläuft fortwährend der Fehler, Beweislast und Beweiswürdigung miteinander zu vermengen.[79]) Sie übersehen bei ihren Darlegungen, daß sie sich nur durch die Wahrscheinlichkeit oder oft durch die Selbstverständlichkeit des Vorliegens der allgemeinen Voraussetzungen täuschen lassen, wenn sie zum Schlusse kommen, es sei überhaupt nicht Sache des Angreifers sie darzutun, vielmehr Sache des Angegriffenen ihr Fehlen zu behaupten und zu beweisen. Sie befinden sich in einem Irrtum zu glauben, darnach, daß das Gericht sich von dem Vorliegen einer normalen Tatsache leichter überzeugen wird als von dem einer anomalen, beurteilen zu können, welche Tatsachen die notwendigen Voraussetzungen eines Rechtssatzes sind. So fließen bei ihnen die Begriffe Beweislast und Beweiswürdigung ineinander über, da sie dieselben nicht scharf genug zu scheiden wissen. Daß sie sich freilich stark beeinflussen, zeigt deutlich folgendes Beispiel Brodmanns. Der Kläger trägt vor, daß er Bauunternehmer sei und am 1. Juni 1904 bei dem Beklagten, der Baumaterialienhändler sei, 10 Stück eiserne Träger bestellt habe. Der Beklagte beschränkt sich darauf einfach die Ernstlichkeit und Wirklichkeit des Geschäftswillens des Kontrahenten zu bestreiten. Jetzt sagen die Gegner: hierfür trägt der Beklagte die Beweislast. Dies ist nicht richtig; die Unwahrheit dieser Behauptung darzulegen ist Sache des Klägers, für den die bestrittenen Tatsachen Voraussetzungen der Entstehung seines Rechtes sind. Allerdings wird der Beklagte auf die einfache Leugnung hin verurteilt werden, wenn der Richter bereits aus dem Geschehenen und der Natur der Vorgänge ganz zwingend die Ueberzeugung gewonnen hat, daß das Gegenteil des vom Beklagten Vorgebrachten vorgelegen habe. Dadurch,

[78]) Vgl. Wach, ZZP. 29 363; Leonhard S. 90; Endemann S. 483.

[79]) Vgl. hierzu Leonhard S. 89 ff.; Endemann S. 493 f.; Brodmann, Arch. S. 148 ff.

daß der Beklagte, um diese nachteiligen Folgen zu vermeiden, in die tatsächliche Notwendigkeit versetzt ist, sein Vorbringen näher zu begründen, lassen sich die Gegner dazu verleiten, eine Beweislast des Beklagten zu konstruieren. In Wahrheit genügt es für den Sieg des Beklagten, die bereits gewonnene Ueberzeugung des Richters zu erschüttern, sodaß in letzter Linie der Kläger die Beweislast für die nunmehr entstandene Ungewißheit trägt.

Die Grundsätze, nach denen sich unsere Gegner hinsichtlich der Beweisbedürftigkeit der Merkmale der einzelnen Tatbestände richten, sind mehr oder minder willkürlich gewählt. Wenn wir auch für unsere Methode im Interesse der Uebersichtlichkeit scheiden in spezifische und allgemeine Voraussetzungen, so müssen wir uns doch sagen, daß diese Scheidung in Wirklichkeit eine so flüssige ist, daß sie die größten Schwierigkeiten und Willkürlichkeiten birgt in der Durchführung einer scharfen Grenze. Daher ist es unrichtig, dem Gegner der behaupteten Rechtswirkung den Beweis des Nichtvorhandenseins der allgemeinen Voraussetzungen aufzubürden. Es kann doch unmöglich die Stellung der Normen im System, ob im allgemeinen oder besonderen Teil, für die Beweislastverteilung ausschlaggebend sein. Zutreffend bemerkt Brodmann,[80]) „daß für unsere Frage nicht entscheidend sein kann, ob und inwieweit eine juristische Tatsache oder ein juristisch bedeutsames Moment, in verschiedenen Rechts- und Verkehrsbeziehungen wiederkehrend, einer allgemeineren Normierung zugänglich oder würdig befunden wird". Daraus, daß Vertretung und Vollmacht im 5. Titel des allgemeinen Teils behandelt werden, zieht doch auch niemand den Schluß, daß derjenige, der einen anderen in Anspruch nimmt, weil er mit seinem Vertreter kontrahiert hat, diese Vertretung auch beweisen muß, ebenso wie derjenige, der sich auf ein der Genehmigung eines Dritten bedürftiges Rechtsgeschäft stützt, nicht von der Behauptungs- und Beweislast hinsichtlich dieser Genehmigung des Dritten befreit wird.

Noch weniger geeignet ist eine Unterscheidung in wesentliche und unwesentliche Voraussetzungen eines Rechts, um hieraus ein Kriterium für die Beweislast abzuleiten. Denn

---

[80]) Brodmann a. a. O.

die Tatsachen, die der herrschenden Meinung für unwesentlich und deren Beweis ihr daher als unnötig erscheint, sind in Wahrheit keineswegs unwesentlich. Es besteht kein Zweifel, daß Geschäftsfähigkeit des Kontrahenten eine wesentliche Voraussetzung für die Verpflichtung aus einem Kaufe ist, und dennoch soll ihr Beweis dem nicht zugemutet werden, der Rechte aus dieser Verpflichtung herleitet. Entsprechend verhält es sich mit der von Zitelmann und Hellwig bevorzugten Unterscheidung von „normalen" und „anomalen" Tatsachen für Zwecke der Beweislastverteilung.

Auch die Versuche der Minimaltheorie, durch Zurückführung der einschlägigen Gesetzesbestimmungen auf Haupt- und Gegennormen die Entscheidung zu finden, können nicht befriedigen. Will man in der Haupt- und Gegennorm die Regel und Ausnahme im BGB. verkörpert wissen, so führt eine solche Betrachtungsweise, in Ermangelung zuverlässiger Anhaltspunkte, zur völligen Unsicherheit und Uneinigkeit. Will man jedoch, wie Rosenberg darnach, ob ein Tatbestandsmoment in einem selbständigen Rechtssatz enthalten ist oder nicht, eine Beweislastverteilung vornehmen, so ist man hier ebenso großen Willkürlichkeiten und Zufälligkeiten ausgesetzt. Der bloße Umstand, daß zwei Sätze in Betracht kommen, kann noch nicht zu einer Verteilung der Beweislast führen.[81]) Würde man konsequent sein, so müßte man dem Beklagten den Beweis des Formmangels eines Rechtsgeschäfts auferlegen; denn er beruht auf einem „besonderen" Gesetz (§ 125).

Auch dem Wortlaut der einzelnen Normen des BGB. können wir für unsere Lehre keine besondere Bedeutung zuerkennen; während die einen[82]) aus der Fassung der §§ 104 und 105: „Die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen ist nichtig" und daraus, daß das BGB. nicht bestimme, wer geschäftsfähig sei, sondern nur die Voraussetzungen angebe, unter denen die Geschäftsfähigkeit fehle, erkennen wollen, daß die Geschäftsunfähigkeit Beweisthema sei, will z. B. Leonhard[83]) gerade aus der Fassung des § 164, aus der doppelten Negation „geschäftsunfähig, wer nicht vollendet hat", aus der Ueberschrift des 3. Abschnittes „Geschäftsfähigkeit", ferner aus einer Stelle

[81]) Vgl. Leonhard S. 269.

[82]) Rosenberg S. 100 f.; Beckh S. 136; Enneccerus, Lehrbuch I. 1 364; Stein zu § 282 IV, 4 b.

[83]) Leonhard S. 305; Fischer, Recht und Rechtsschutz S. 321.

am Anfang des Abschnittes entnehmen, daß es sich bei der Geschäftsfähigkeit um eine Voraussetzung des Rechtsgeschäfts handeln soll.

Die bisher vorgetragenen Konstruktionen, die sämtlich den Beklagten beschweren, mögen vielleicht alle auf den Gedanken zurückzuführen sein, „es habe die Beweislast als eine Last das Bestreben, sich auf das geringste zur Ueberzeugung des Richters genügende Maß zurückzuschrauben". Dieser Gedanke beruht auf der bereits betonten Verkennung des Charakters der Beweislast und der Beweisführung. Die abstrakte Beweislast schwebt über den Parteien und ist unabhängig von den Gestaltungen des konkreten Prozesses;[84]) der ausgleichende Faktor jedoch, für den jene Worte eher passen, bildet die sich den konkreten Umständen leicht anpassende Beweisführung und ihr Korrelat, die Beweiswürdigung.

So kehren wir beinahe ganz natürlich zu dem allgemeinen Grundprinzip zurück, das uns bei Regelung des Beweises der Voraussetzungen eines Rechts eingangs geleitet hat: Der Angreifer trägt für alle sein Recht begründenden Tatsachen die Beweislast, wenn nicht das Gesetz den Beweis deren Nichtvorhandenseins dem Gegner, sei es direkt oder indirekt, auflegt. Nachdem es unmöglich ist, im BGB. einen Nachweis dafür zu finden, daß es in eben dargelegtem Sinne zwischen rechtsbegründenden und rechtshindernden Tatsachen unterscheidet, so trägt also der Angreifer die Beweislast auch für die allgemeinen Voraussetzungen der geltend gemachten Rechtswirkung.[85])

Dieses Ergebnis scheint sich uns auch harmonisch und einheitlich anzureihen an die Beweislastregelung, die wir oben hinsichtlich der Streitpunkte, der Leugnungs- und Einwendungstheorie, getroffen haben. Wir vermeiden dadurch den Vorwurf der Inkonsequenz, der der herrschenden Meinung mit Recht gemacht wird, wenn sie hinsichtlich des Beweises der aufschie-

[84]) Aus diesem Grund erklären wir die Beweislastverteilung für unrichtig, die du Chesne (RheinZ. 13 222) vornimmt mit den Worten: „Wer die Erfahrungsregel (nämlich für das Vorhandensein der Geistesgesundheit) für sich hat, braucht das Vorhandensein der inneren Geschäftserfordernisse nicht zu beweisen; nur dann (!) muß dies von ihm verlangt werden, wenn Tatsachen dafür sprechen, daß die Erfahrungsregel auf den Einzelfall nicht zutreffe."

[85]) Ebenso besonders Leonhard (im einzelnen näher unten); Kisch, Deutsch. Zivilprozeßrecht 2 81.

benden Bedingung zu einer anderen Entscheidung gelangt als hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit des Kontrahenten.

β) Die Beweisbedürftigkeit der allgemeinen Voraussetzungen im einzelnen.

Unsere dargelegte Beweislastregelung, die im scharfen Gegensatz zu der herrschenden Meinung steht, wird freilich in der Praxis keine wesentlich anderen Ergebnisse erzielen. Diese merkwürdige Erscheinung hat ihren Grund in dem Einfluß der Beweiswürdigung, die gerade beim Beweis der allgemeinen Voraussetzungen eine bedeutende Rolle spielt. Wir sahen, daß es doch vielfach Erfahrungssätze des täglichen Lebens sind, auf Grund deren sich die herrschende Meinung dazu verleiten läßt, den eigentlich Beweisbelasteten vom Beweise gewisser Tatsachen zu befreien. So kann man z. B. auf Grund der Lebenserfahrung ruhig behaupten, daß ein Richter regelmäßig schon dann, wenn ihm der korrekte äußere Abschluß eines Vertrages vernünftigen Inhalts bewiesen wird, von der Mängellosigkeit desselben so sehr überzeugt sein wird, daß er bei der überaus großen Seltenheit, mit der z. B. Scherz oder Schein oder auch Geisteskrankheit als Nichtigkeitsgründe einer Willenserklärung in Betracht kommen, ohne weiteres den Schluß auf das begehrte Recht zu ziehen bereit ist, vorausgesetzt, daß auch im übrigen der Klagevortrag den klägerischen Antrag rechtfertigt.[86]) Dies bedeutet, daß dann keine Ungewißheit mehr besteht, sondern der Beweis dieser Tatsachen nach der richterlichen Ueberzeugung schon erbracht ist.

Das BGB. kennt 4 allgemeine Gültigkeitsvoraussetzungen eines Rechtsgeschäfts, die materiell erfüllt sein müssen, auf daß eine Rechtswirkung erzeugt werde. Es sind dies Geschäftsfähigkeit (§§ 104 bis 115), Wille (§§ 116 bis 124) Erklärung (§§ 125 bis 132), erlaubter Inhalt (§§ 134 bis 138).

Unschwer ist zu erkennen, daß das Gesetz dem Vorliegen der Geschäftsunfähigkeit oder dem Scherze hinsichtlich der Beweislastverteilung keine andere Bedeutung beimißt, als der mit Irrtum, Drohung oder Betrug begründeten und erfolgten Anfechtung. Sämtliche Tatbestände bedeuten Nichtigkeit der Rechtshandlung ex tunc. Sie dürfen nicht eingetreten sein, wenn der Kläger auf die betreffende Rechtshandlung seinen Anspruch

---

[86]) Vgl. dazu Seuffert, ZZP. 35 111.

stützt. Also hat er auch zu beweisen, daß sie nicht vorliegen. Dies ist zunächst der allgemeine Gedanke. Damit, daß der Kläger grundsätzlich beweisen muß, daß eine möglicherweise die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes herbeiführende Anfechtungserklärung nicht erfolgt ist, ist nicht verbunden, daß er auch zu beweisen hat, daß einer erfolgten Anfechtung die Grundlagen fehlen.

Vielmehr obliegt es dem Beklagten, dem die bereits erfolgte Anfechtung zustatten kommt, darzutun, daß er sich im Irrtum befunden habe, vom Gegner getäuscht oder bedroht worden sei, ferner daß er seine Anfechtungserklärung unverzüglich bzw. innerhalb der Frist eines Jahres (§ 124 I) abgegeben habe. Denn diese Tatsachen sind spezifisch rechtsbegründende Merkmale des Anfechtungsrechtes, die derjenige, der es geltend macht, nach den allgemeinen Grundsätzen zu beweisen hat.[87])

Die Behandlung der einzelnen allgemeinen Voraussetzungen ergibt für die Beweislastfrage folgendes:

Für das Vorhandensein der Geschäftsfähigkeit der Kontrahenten trägt derjenige die Beweislast, für den Geistesgesundheit oder Volljährigkeit wesentliche Bedingung seines Rechtes ist.[88]) Es bedeutet keinen Unterschied, ob die Geschäftsunfähigkeit aus Mangel in dem Lebensalter oder Mangel in der Geistesreife beruht, denn Geistesgesundheit und Volljährigkeit sind Voraussetzungen des Klageanspruchs und müssen eben deshalb vom Kläger bewiesen werden. Besteht z. B. eine unlösliche Ungewißheit darüber, ob der Erblasser, der in seinen letzten Stunden noch ein größeres Vermächtnis ausgesetzt hatte, geistesgesund war oder nicht, so trägt hierfür der Vermächtnisnehmer die Beweislast, denn für ihn ist Geistesgesundheit des Testators wesentliche Vorbedingung seines Rechtes.[89]) Hinsichtlich der Beweisbedürftigkeit der Geschäftsfähig-

---

[87]) Ebenso Wach S. 339; Hellwig, System S. 476.

[88]) So auch Leonhard S. 5 f. und 305 f.; Brodmann S. 150 ff.; Kisch, Deutsch. Zivilprozeßrecht 2 82; auch RG. in Bolze 11 Nr. 761; Seuffert in ZZP. 35 111; anders z. B. L. 9, C. de prob. 4, 19 bezügl. der Minderjährigkeit und 1. 5. C. de codic. 5, 36 bezügl. des Wahnsinns; hinsichtlich der auf Minderjährigkeit beruhenden Geschäftsunfähigkeit übereinstimmend Hellwig S. 476; Beckh S. 135 ff. und Staudinger 6 Vorbem. z. Tit. III, 1.

[89]) A. M. Kipp, Erbrecht S. 161. In einem ganz ähnlichen Beispiel entscheidet richtig du Chesne, RheinZ. 13 229; jedoch mit irriger Begründung; vgl. oben S. 82.

keit befinden wir uns im Widerspruch mit der herrschenden Meinung, die den Beweis der Geschäftsunfähigkeit dem aufbürdet, der daran interessiert ist; feststellen können wir wenigstens, daß Geschäftsunfähigkeit wegen Minderjährigkeit und wegen Geisteskrankheit für die Beweislastfrage im allgemeinen gleich behandelt werden.

Was das Erfordernis des Willens, des Mitteilungs- oder Erklärungswillens,[90]) betrifft, so halten wir es für vollkommen unrichtig, zu sagen:[91]) „derjenige, der sich auf einen Rechtssatz beruft, zu dessen Tatbestand eine Willenserklärung gehört, hat nur zu beweisen, daß die Willenserklärung abgegeben ist; daß Wille und Erklärung übereinstimmen, hat er nicht zu beweisen." Im Gegenteil hat der Kläger, der sich auf eine rechtsgültige Erklärung beruft, die Tatsache, daß die Erklärung von der Partei gewollt gewesen sei, zu beweisen, demnach die Unkenntnis des geheimen Vorbehalts (§ 116, II), die Wirklichkeit des Willens (§ 117, I) und die Ernstlichkeit des Willens des Vertragsschließenden (§ 118). Kann z. B. für den Beweis des letzteren Umstandes der Kläger dartun, daß der Beklagte wissen mußte, daß er den Scherz in seiner Erklärung nicht als solchen erkennen konnte, dann ist eben der Scheincharakter seiner Willenserklärung als Mentalreservation (§ 116 I) und das Geschäft als gültig zu behandeln. Die herrschende Meinung kommt auch hier zu einem anderen Ergebnis. Nach ihr hat nicht der Kläger, sondern der die Ernstlichkeit bestreitende Beklagte außer der Nichternstlichkeit auch zu beweisen, daß sie dem Gegner bekannt war.[92]) Wir halten dafür, daß der Beklagte dadurch, daß er das Bestehen einer Willenserklärung verneint, im Falle der dem Kläger bekannten Mentalservation, des Scheingeschäftes oder der nicht ernstlich gemeinten Willenserklärung, nicht die Beweislast für sein Vorbringen übernimmt, daß vielmehr der Kläger regelmäßig aus den „Umständen des Falles das Vorhandensein eines Willens" darzutun hat.[93]) So muß er im Falle des § 116 den Beweis dahin führen, daß das

---

[90]) Leonhard S. 309; ebenso auch Gautschi S. 73.

[91]) Rosenberg S. 121; ähnlich Beckh S. 144; vgl. auch Danz S. 12.

[92]) So z. B. Staub zu § 361 Anm. 94; Rosenberg S. 121. Uebereinstimmend mit Text Leonhard S. 310; GruchotsBeitr. 35 397; RG. in Bolze 5 Nr. 11466.

[93]) Siehe Danz S. 54.

Verhalten des Beklagten derart war, daß er (der Kläger) zu dem Schlusse des Geschäftes und Erklärungswillens berechtigt erscheinen konnte; ferner bei geltend gemachter Simulation, daß er (der Kläger) nicht im Einverständnis war mit dem Beklagten hinsichtlich der nur scheinbar gewollten Erklärung; im Falle des § 118, daß der Beklagte seine Erklärung nicht in der Erwartung abgegeben hat, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden. Macht z. B. der Beklagte geltend, der abnorm niedrige Preis ergebe, daß der Mangel des ernstlichen Willens dem klagenden Käufer bekannt war, so liegt eben dem Kläger der Beweis dafür ob, daß besondere Umstände vorlagen, die den Preis rechtfertigen, und daß infolgedessen der Mangel bei Abgabe der Erklärung nicht mit in die Erscheinung trat. Jedenfalls ist es irrig,[94]) eine „Rechtsvermutung" für das Vorliegen sämtlicher materieller Voraussetzungen, welche zur vollen Rechtswirksamkeit der abgegebenen Erklärung erforderlich sind, aufzustellen, wenn die bloße Abgabe einer rechtsgeschäftlichen Erklärung dargetan ist. Eine solche Vermutung entbehrt jeder Unterlage im materiellen Recht.

Für die Fälle der §§ 119 und 123 haben wir bereits oben die Beweislast in dem Sinne geregelt, daß der die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts Behauptende zu beweisen hat, daß eine Anfechtung nicht erfolgt sei. Bezüglich der Anfechtungsgründe bedarf, wie wir gesehen haben, nicht deren Abwesenheit, sondern deren Existenz des Beweises.

Uebereinstimmung herrscht darüber, daß in allen Fällen, in denen, sei es durch Gesetz oder durch Rechtsgeschäft, die Rechtswirksamkeit eines Rechtsgeschäftes an das Erfordernis einer bestimmten Form geknüpft ist, die Beweislast für die Einhaltung dieser Form den trifft, der Rechte aus dem Rechtsgeschäft herleitet.[95])

Unserem dargelegten Grundsatz entsprechend hat auch der Kläger zu beweisen, daß das Rechtsgeschäft, auf dessen Gültigkeit er sich stützt, nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstößt; so trägt er nicht nur die Beweislast für das Nichtvorhandensein der Voraussetzung eines gesetzlichen Verbots, wenn der Beklagte die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts bestreitet mit dem Vorbringen, das Gesetz, z. B. das Strafgesetz, verbiete all-

---

[94]) Vgl. Beckh S. 145; Staudinger zu §§ 116 ff. S. 395.

[95]) Vgl. auch Entwurf I BGB. § 195.

gemein Rechtsgeschäfte dieses Inhalts, sondern auch dann, wenn der Beklagte behauptet, das Rechtsgeschäft des Inhalts, der sonst erlaubt sei, sei nichtig, weil ein besonderer Fall vorliege. z. B. § 476 BGB.: Der Verkäufer, der die Vereinbarung geltend macht, die seine Verpflichtung zur Gewährleistung ausschließt, hat zu beweisen, daß er den Mangel nicht arglistig verschwiegen habe, daß der „besondere Fall" nicht vorlag. Es ist also unrichtig zu sagen, die Beweislast für die Unzulässigkeit des Inhalts treffe den Gegner deshalb, weil es das Gesetz als Ausnahme ansehe, daß ein Geschäft unzulässig sei.[96])

Im Anschluß hieran regeln wir auch den Beweis des sogenannten „Differenzeinwandes". Hier trägt derjenige, der aus einem Lieferungsgeschäft eine Leistung verlangt, gegenüber der Behauptung des Beklagten, daß es ein Differenzgeschäft sei, dem das Gesetz die von ihm geltend gemachte Wirkung versage, die Beweislast dafür, daß das Geschäft effektiv bewirkt werden sollte und nicht dem vom Gesetzgeber verpönten Zwecke diente.[97]) Eine allgemeine Wirksamkeitsvoraussetzung eines Rechtsgeschäftes bildet ferner die Tatsache, daß die beiden Kontrahenten, in deren Person die Rechtswirkung eintreten soll, auch wirklich in eigenem Namen mit der Wirkung für sich kontrahierten. Einfach für die Beweislastverteilung liegt ja der Fall, daß A. den B. für verpflichtet erklärt, weil er mit C., der B's Vertreter sei, kontrahiert habe; A. muß die Voraussetzungen der Norm des § 164 beweisen.[98]) — Wie aber, wenn A. mit C. kontrahiert und C., als er seine Verpflichtungen erfüllen soll, erklärt, nicht in eigenem Namen abgeschlossen zu haben, sondern der Vertreter eines Dritten gewesen zu sein. Hier sagen die Vertreter der Minimaltheorie:[99]) C. beruft sich auf die Gegennorm von der Stellvertretung und muß daher deren Voraussetzungen beweisen. Ebenso unzutreffend ist es zu sagen, die Regel ist, daß denjenigen, der ein Geschäft abschließt, auch die Wirkungen desselben treffen, daher habe er auch den Abschluß in fremden Namen zu beweisen. Auch der Umstand, daß im Rechtsleben

---

[96]) Hierzu bemerkt Leonhard S. 312 treffend: „Hieraus folgt nichts für die Beweislast; auch die Echtheit der Unterschrift bildet die Regel und muß darum doch bewiesen werden".

[97]) A. M. Enecceru s S. 495.

[98]) Vgl. Rosenberg S. 120.

[99]) Vgl. Betz S. 160; Staub zu § 373 Anm. 84; Rosenberg S. 82 ff., Arch. S. 121 ff.

Fälle des Geschäftsabschlusses in eigenem Namen häufiger seien als Abschluß mit Stellvertretungswirkung, kann für die Beweislastverteilung nicht ausschlaggebend sein. Der richtige Gesichtspunkt ist der, daß C. dadurch, daß er eine klagbegründende Tatsache leugnet, A. zum Beweise nötigt, daß C. in eigenem Namen mit ihm kontrahiert habe.[100])

Bei Klagen aus unerlaubter Handlung hat der schadensersatzfordernde Kläger grundsätzlich zunächst, abgesehen von der Verursachung der schädigenden Handlung, das Verschulden des Handelnden zu beweisen. Daraus folgt, daß der Kläger die Beweislast trägt für das Nichtvorhandensein der allgemeinen Schuldausschließungsgründe, wie Notwehr, Notstand, Unzurechnungsfähigkeit des Beklagten.[102]) Allerdings hat diese Beweispflicht des Klägers praktisch deshalb nicht viel zu bedeuten, weil der Richter, sobald ihm die Handlung nach den äußeren Tatsachen als rechtswidriger Angriff erscheint, regelmäßig vom Nichtvorhandensein obiger Unrechtsausschließungsgründe überzeugt sein und daher die Widerrechtlichkeit der betreffenden Rechtsverletzung nicht in Frage ziehen wird. Doch muß betont werden, daß dies lediglich die Folge der freien richterlichen Beweiswürdigung ist. Unzutreffend ist daher die Ansicht derer,[103]) die sagen, es sei ein Satz der Beweislast, daß

---

[100]) Ebenso Reinhold S. 96; Schmid S. 445; Gaupp-Stein zu § 282; Eneccerus I. 1 598; Weismann S. 125; Hellwig, System S. 483; Seuffert, ZZP. 35 109; RG. 18 158; DJZ. 09 1105; RG. in Seuffert 62 261; Kitz S. 43 ff.

[101]) Was den Beweis des Kausalzusammenhangs betrifft, so liegt auf der Hand, daß der Richter vom Kläger nicht den Beweis einer mathematischen Gewißheit verlangen kann (RG. 15 339; JW. 03 384). In der Praxis wird man wohl mit dem Reichsgericht (10 80) daran festhalten müssen, daß der Richter schon dann einen Ersatzanspruch für begründet halten darf, wenn anzunehmen ist, daß der Schaden unter gewöhnlichen Umständen ohne die haftbare Handlung nicht entstanden wäre. Demnach wird es im Interesse des Beklagten liegen, darzulegen, daß ganz außergewöhnliche Umstände zur Entstehung des Schadens geführt haben, die mit der ihm zur Last gelegten Handlung in keinem Zusammenhang stehen. Diese Erwägungen gehören jedoch dem Gebiete der Beweiswürdigung an, nicht dem der Beweislast; denn bleiben Zweifel bestehen hinsichtlich der Kausalität einer Handlung, dann trägt immer der Kläger hierfür die Verantwortung.

[102]) Anders die herrschende Meinung; z. B. Betzinger S. 173; Kitz S. 53 ff.; Bolze 18 698; RG. 51 30; Planck zu § 228; wie im Text Leonhard S. 408 f. und S. 335.

[103]) Vgl. Wach S. 389; Beckh S. 312; Rosenberg S. 42; RG. 33 352.

der Kläger nur den Beweis einer „an sich“ widerrechtlichen Handlung zu erbringen habe, die nach regelmäßigem Lauf der Dinge zunächst die Folgerung rechtfertigt, daß der eingetretene Umstand vom Schuldner zu vertreten sei. Daher habe der Beklagte den Beweis eines besonderen entschuldigenden Umstandes, wie der Notwehr oder des Notstandes, zu erbringen. Unserem allgemeinen Grundsatz entsprechend müssen die Voraussetzungen der klägerischen Rechts, Widerrechtlichkeit und Verschulden, vom Kläger bewiesen werden.

Nur in den Fällen der §§ 832, 834, 836, 837, 838 ist der Kläger vom Beweis der Schuld des Aufsichtspflichtigen bzw. des Gebäudebesitzers ganz befreit.[104]) Sache des Beklagten ist es hier, kraft klaren Gesetzeswillens die keimzerstörende Tatsache zu beweisen, daß ihn eine Schuld an dem eingetretenen Erfolg nicht treffe. Da es sich in den §§ 833, 835 um einen Deliktsanspruch im eigentlichen Sinne nicht handelt, ist auch dort ein Beweis des Verschuldens nicht erforderlich.

2. Umfang der Beweislast des Angegriffenen.

Solange sich der Beklagte darauf beschränkt, das tatsächliche Vorbringen des Klägers zu leugnen, sei es, daß er Tatumstände, die dessen Recht begründen sollen, in Abrede stellt, oder sei es, daß er seinerseits vorträgt, wie sich der vom Kläger behauptete Sachverhalt zugetragen hat, so daß seine Schilderung mit dem Vortrage des Klägers logisch unvereinbar ist, solange kann von einer Beweislast des Beklagten keine Rede sein. Gesteht jedoch Beklagter die Tatsachen zu, aus denen auf das Entstandensein des klägerischen Rechtes zu schließen ist, so obliegt es ihm, wie wir es bereits als eine Folge der Verhandlungsmaxime festgestellt haben, darzutun, daß Tatsachen eingetreten seien, die den Anspruch des Klägers bereits wieder zur Aufhebung gebracht haben oder wenigstens seine Geltendmachung, sei es vorübergehend, sei es dauernd, ausschließen. Die demnach vom Beklagten vorzubringenden, beweisbedürftigen Tatumstände scheiden sich nach materiellem Recht in sogenannte Aufhebungs- und Einredetatsachen.

Sie stehen in grundsätzlichem Gegensatz zu jenen keimzerstörenden Tatsachen, die, wie wir sahen, als Negativen materieller Voraussetzungen des klägerischen Rechts ebenfalls zur Beweislast des Angegriffenen stehen. Letztere müs-

---

[104]) Vgl. Wach a. a. O.

sen, ihrer Natur entsprechend, gleich ursprünglich beim Entstehen der behaupteten Rechtswirkung vorhanden gewesen sein. Der Beklagte leugnet durch ihr Vorbringen den klägerischerseits bewiesenen Voraussetzungen die Macht, das begehrte Recht zur Entstehung zu bringen. Erstere jedoch, die Aufhebungs- wie die Einredetatsachen, haben das Besondere, daß sie erst dann eintreten und wirken, wenn alle Voraussetzungen der Entstehung des klägerischen Rechts vorliegen. Der Beklagte gibt also mit dem Vorbringen solcher Tatumstände zu, daß das betreffende Recht entstanden ist; er leugnet nur, daß es in der Jetztzeit noch wirke.

a) Der Beweis der rechtsaufhebenden Tatsachen.

Die Tatumstände, die nach materiellem Recht die Vernichtung der entstandenen Rechtswirkung des Angreifers zur Folge haben und daher zur Beweislast des Angegriffenen stehen, sind so mannigfaltig, wie die eines rechtsbegründenden Tatbestandes, und der Umfang ihrer Beweisbedürftigkeit entspricht ganz dem eines rechtsbegründenden Tatbestandes. Mit anderen Worten: Auch der Angegriffene trägt die Beweislast für alle die von ihm behauptete Rechtswirkung begründenden Voraussetzungen, jedoch mit Ausnahme der Tatsachen, hinsichtlich deren das Gesetz, sei es direkt oder indirekt, anordnet, daß ihre Verneinungen zum Replikgrund des Angreifers gehören sollen. Wenn wir von den seltenen Fällen absehen, in denen sich auf Grund von Analogieschlüssen eine besondere Beweislastregelung ergibt, so handelt es sich bei diesen Ausnahmen hauptsächlich um die Fälle der keimzerstörenden Tatsachen.

Behauptet der Angegriffene den Untergang des persönlichen Anspruchs des Klägers, so ist es seine Sache, zu beweisen, daß er den klägerischen Anspruch vertragsmäßig bzw. ordnungsmäßig erfüllt hat. Erfüllung ist eine anspruchsvernichtende Tatsache. Sie ist als solche immer Beweisthema des Schuldners. Wann Erfüllung vorliegt, bemißt sich nach materiellem Recht. Jedesmal ist der Tatbestand der Norm zu beweisen, auf die die Erfüllung gestützt wird (vgl. z. B. §§ 362, 377 in Verbindung mit § 378[105]). In manchen Fällen freilich

[105]) RG. 55 413: Der Schuldner hat im Falle des § 366 die behauptete Anrechnung zu beweisen.

(z. B. bei Lösung einer Eisenbahnfahrkarte oder Theaterbilletts) wird der Beweis der Erfüllung auf Grund allgemeiner Erfahrungstatsachen vom Richter ohne weiteres als erbracht angesehen werden. Dies ist lediglich ein Ergebnis der richterlichen Beweiswürdigung. Unrichtig ist es daher z. B. zu Zwecken der Beweislastverteilung eine Scheidung zwischen Handkauf und Kreditkauf vorzunehmen, derzufolge man bei einem Kreditkauf dem Kläger den Beweis auferlegt, daß nicht sofort bar bezahlt worden sei. Eine solche Scheidung kennt unser Recht nicht. Das Vorbringen des Klägers ist in diesem Falle nicht Ausfluß einer Beweislast, sondern lediglich Gegenbeweis gegenüber einer Tatsache (Erfüllung), für die der Beklagte den Beweis erbracht zu haben scheint.[106]) So trägt auch der beklagte Schuldner die Beweislast, wenn er die Erfüllung seiner Leistung mit Berufung auf eine facultas alternativa geltend macht.[107]) Der besonderen Ausnahme des § 363 haben wir bereits oben Erwähnung getan.

Als regelmäßig vom Beklagten zu erweisende Themen des Erlöschens des obligatorischen Anspruchs sind noch besonders anzuführen der Eintritt einer auflösenden Bedingung wie der Fristablauf, sei es der Ablauf einer vereinbarten Kündigungsfrist oder der einer gesetzlichen Exklusivfrist. Hier lautet die Ausdrucksweise des Gesetzes meist: „Der Anspruch erlischt in dem Ablauf der Frist", z. B. § 801 I 1, § 864 I, § 977, 2, § 1002 I, § 1171 III; ähnlich § 801 II, § 1123 II, 1, § 484, 1, § 529 I. Daß ein entstandenes Recht des Klägers durch Widerruf des Klägers zerstört wurde, hat regelmäßig der Beklagte zu beiweisen, z. B. im Fall des § 109: Der Vormund des Minderjährigen klagt auf Erfüllung des vom Beklagten mit dem Minderjährigen geschlossenen Vertrags; der Beklagte wendet ein und muß belegen, daß er das Recht des Minderjährigen durch Vertrag rechtzeitig durch Widerruf vernichtet habe (ebenso §§ 178, 180, 1397). Hebt der Widerruf dagegen nicht ein bereits entstandenes Recht wieder auf, so kann er möglicherweise eine keimzerstörende Tatsache bilden, z. B. in den Fällen der §§ 130 I 2, 2253 (vgl. oben S. 72).

Wendet der Beklagte das Erlöschen des klägerischen Anspruchs infolge Aufrechnungserklärung der §§ 387 f. ein, so hat er zu beweisen, I. daß er aufgerechnet habe, II. daß

[106]) Vgl. Rosenberg S. 112 f.; Enneccerus I. 2 271 f.; Leonhard S. 390 f.

[107]) Vgl. Enneccerus I. 2 52.

er eine aufrechenbare Forderung besessen habe, III im Fall des § 390, daß die verjährte Forderung zu der Zeit, zu welcher sie gegen andere Forderungen aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt war. Aus diesem letzteren Beispiel ersehen wir, daß der Umfang der feststellungsbedürftigen rechtsaufhebenden Tatsachen ganz dem der beweisbedürftigen rechtserzeugenden Tatsachen entspricht. Zum Einredegrund des aufrechnenden Schuldners gehört also nicht der Beweis des Nichtvorliegens von Tatsachen, die den Untergang der Forderung, mit der er aufrechnet, wieder hätten herbeiführen können.

Ist ein dinglicher Anspruch geltend gemacht, und wird vom Kläger sowohl die Existenz des absoluten Rechtes, auf dem er beruht, als auch ein Verhalten des Beklagten dargelegt, das dieses Recht verletzt, so wird der Beklagte beweispflichtig für das Erlöschen dieses absoluten Rechts, wenn er dies als Untergangstatsache des erhobenen Anspruchs geltend macht. Hat zum Beispiel der Eigentümer A. dem B. den Anspruch auf Herausgabe einer beweglichen Sache gegen den besitzenden C. zediert, so obliegt dem C., gegenüber der Klage des B. der Beweis, daß A. inzwischen das Eigentum verloren habe. Dieser Beweis wird ihm gelingen, wenn er z. B. dartun kann, daß er infolge Ablaufs der Ersitzungszeit nach § 937 das Eigentum erworben habe. — Um die Erlöschung einer Dienstbarkeit des Klägers geltend zu machen, kann Beklagter die Nichtausübung während der Verjährungszeit zum Beweis des Untergangs einführen; bei einer Grunddienstbarkeit kann er die Voraussetzungen des § 1025, die Teilung des Grundstücks der Berechtigten und die Tatsache, daß die Grunddienstbarkeit für gewisse Teile keine Vorteile mehr habe, beweisen. — Dem Rechte des Klägers gegenüber auf Scheidung der Ehe ist es Sache der beklagten Partei, darzutun, daß es durch Verzeihung erloschen sei (analog in den Fällen 532, 1570, 2337, 2343).

Die rechtsaufhebenden Tatsachen haben noch gegenüber den zivilrechtlichen Einredetatsachen das Besondere, daß sie im Prozeß vom Richter auch ohne Antrag des Beklagten berücksichtigt werden müssen; so schon dann, wenn sie aus den Darlegungen des Klägers selbst hervorgehen.

b) Der Beweis der zivilrechtlichen Einredetatsachen.

Die nämliche grundsätzliche Stellung wie die Aufhebungstatsachen, nehmen hinsichtlich der Beweislastverteilung die den

materiellrechtlichen Einreden, den Leistungsverweigerungsrechten, zugrunde liegenden Tatbestände ein.

Wie ihre Beweisbedürftigkeit erst dann in Frage kommt, wenn das Bestehen des klägerischen Rechts bewiesen ist, so stehen auch sie zur Beweislast des Beklagten, der das Entstandensein des klägerischen Rechts zugibt, aber seine gegenwärtige Erzwingbarkeit bestreitet. Ebenso unterliegt der Umfang der Beweisbedürftigkeit der in den Einredenormen enthaltenen Tatbestandsmerkmale denselben Regeln, nach denen sich der Beweis der rechtserzeugenden und rechtsaufhebenden Tatbestandsmerkmalen richtet.[108]) Denn die Einrede, d. h. der Tatbestand der materiellen Einredenorm, gewährt dem Beklagten das Recht (ein Recht des rechtlichen Könnens),[109]) die Leistung des Klägers zeitweise oder dauernd zu verweigern.

Als erster Grundsatz ergibt sich daher die Regel, daß der Beklagte zur Begründung der Einrede nur diejenigen Tatsachen zu behaupten und eventuell zu beweisen hat, aus denen sich die Entstehung seines Einrederechts ergibt. Die Richtigkeit dieses Satzes zeigt sich deutlich, wenn wir uns vergegenwärtigen, daß in der rechtshemmenden Einwendung des Beklagten auch die defensive Geltendmachung eines selbständigen Gegenanspruchs enthalten sein kann, der nur dazu bestimmt ist, die Wirkung des klägerischen Rechts zu hemmen.[110]) Der Beklagte beruft sich z. B. gegenüber der Eigentumsklage auf ein Erbbau-, Nießbrauch-, Pfand-, Miet- oder Retentionsrecht. Der Beklagte würde, wenn er diese Gegenrechte durch Widerklage geltend macht, nur die Beweislast für das Entstehen seines Rechtes nach allgemeinen Grundsätzen zu tragen haben.[111]) Der Umfang seiner Beweislast kann sich nicht erhöhen, wenn er diese Rechte in Form einer „rechtsverfolgenden" Einrede geltend macht.[112]) So erklärt sich auch die Regelung der Beweislast, bei der aus einem gegenseitigen Vertrag sich ergebenden Einrede des nichterfüllten Vertrags (§ 320). Da nach richtiger Ansicht[113])

---

[108]) Rosenberg, Arch. S. 124 ff.; Schmidt S. 479.

[109]) Vgl. Zitelmann S. 29.

[110]) Zitelmann S. 31: reus in excipiendo actor est.

[111]) Unrichtig Cosack, Lehrbuch S. 175.

[112]) Vgl. Schmidt S. 479.

[113]) So Windscheid 2 § 321, 2; Eneccerus I. 2 78; a. M. Keller; hinsichtlich der Beweislastverteilung vgl. Kitz (Heidelberger Diss. 1913) S. 40 ff.

aus dem gegenseitigen Vertrag für jeden Kontrahenten eine selbständige Forderung entsteht, der gegenüber das Vorbringen des Beklagten, die Gegenleistung des Klägers sei noch nicht erfüllt, Einrede ist und nicht Klageleugnung, so trägt der Beklagte auch nur die Beweislast für die Entstehung seines Gegenanspruchs.

Hat der Beklagte demnach die Entstehung seines Einrederechts bewiesen, und behauptet der Kläger, dieses Einrederecht sei durch Erfüllung seinerseits untergegangen, so obliegt es ihm, diese Untergangstatsachen zu beweisen; sie gehören dann zu seinem Replikgrund. Besonders häufig wird er die Tatsache des Verzichtes geltend machen können, z. B. in den Fällen der §§ 239 II, 773 Nr. 1, 768 II, 1137 II, 1211 II. Auch sonstige Tatumstände, die sich als Aufhebungsgründe darstellen, fallen unter den Replikgrund des Klägers z. B. der Ablauf der Inventarfrist gegenüber der Einrede der beschränkten Haftung des Erben § 1994 I, 2, oder die Tatsache der absichtlichen Herbeiführung einer erheblichen Unvollständigkeit des Inventars. § 2005 I, die Verweigerung des Offenbarungseides nach § 2006 III, die Teilung des Nachlasses gegenüber der Einrede des Miterben aus § 2059, oder die Beendigung des Aufgebotsverfahrens gegenüber dem auf Grund des § 2045 die Auseinandersetzung verweigernden Miterben; ferner die Rücknahme einer hinterlegten Sache, wenn der Schuldner die Einrede des § 2079 I geltend macht, die Erlöschungsgründe der Einrede der Vorausklage auf Grund des § 773 I Nr. 2 bis 4 usw.

Daß es sich hier um rechtsaufhebende (eigentlich einrederechtsaufhebende) Tatsachen handelt, die zum Replikgrund des Klägers gehören, und nicht etwa um keimzerstörende Tatsachen, geht daraus hervor, daß vor dem Eintritt dieser Tatsachen bereits ein wirksames Einrederecht erzeugt war.

Da eine Tatsache, die einem Anspruch gegenüber nur als Hemmungsgrund in Betracht kommt, einer Einrede gegenüber als Erlöschungsgrund wirken muß,[114]) können die klägerischen Repliktatsachen, die einer wirksam entstandenen Einrede gegenüber gestellt werden, nur einrederechtsaufhebende Tatsachen sein. Das gilt besonders für den Fall, daß der Kläger in seinem Replikgrund anführt, der Anspruch, von dem die Einrede des Beklagten abhängt, sei verjährt. Hier bedeutet Verjährung des An-

[114]) Vgl. Langheineken S. 287.

spruchs eine einredezerstörende Tatsache. Zum Beweis der Verjährung ist nötig, daß derjenige, der sich auf die Verjährung beruft, den Ablauf der Verjährungsfrist nachweist; ist streitig, von wann ab die Verjährung läuft, so trägt er auch hierfür die Beweislast, weil, wie richtig das Reichsgericht (R. 1908 Nr. 1975/6) sagt, für den Gegner die Entstehungszeit seines Anspruchs nicht wesentlich ist.[115])

Wie jedoch der Kläger in seinem Klagegrund nur den Beweis für diejenigen Tatumstände zu erbringen hat, die seinen eigentlichen Rechtsgrund bilden und den Beweis der keimzerstörenden Tatsachen dem Gegner überläßt, so ist auch die Beweispflicht des Beklagten beschränkt auf den Beweis der Voraussetzungen rechtsaufhebender oder rechtshemmender Normtatbestände, die für sich in ihrer Isolierung den eigentlichen Einredegrund bilden. Behauptet daher der Kläger, der Tatbestand, dem die Fähigkeit den geltendgemachten Anspruch aufzuheben oder zu hemmen beigelegt worden ist, besitze sie nicht, weil weitere Voraussetzungen vorliegen, die materiell zugunsten des Beklagten nicht hätten vorliegen dürfen, so obliegt ihm für deren Verneinungen die Beweislast, wenn sie das Gesetz zu keimzerstörenden Tatsachen gestempelt hat.

Beispiel: A. schloß mit B. einen Tauschvertrag. A's Leistung wurde nachträglich unmöglich. Nichtsdestoweniger klagt A. gegen B. aus dem gegenseitigen Vertrag die Gegenleistung ein. Er beweist zunächst seinen Klagegrund, den Abschluß des gegenseitigen Vertrags: 1. Der Beklagte verteidigt sich mit der Einrede des nichterfüllten Vertrages. Er braucht auf die Frage der Unmöglichkeit der dem Kläger obliegenden Leistung nicht einzugehen. Die Folge also wäre, wenn auch der Gegner schweigt, eine Verurteilung Zug um Zug. 2. Begehrt jedoch der Beklagte Abweisung der Klage, weil die Leistung des klagenden Teils unmöglich wurde (§ 323), so trägt er die Beweislast für die Unmöglichkeit; denn sie ist eine seine Verpflichtung aufhebende Tatsache. Behauptet dagegen der Kläger, daß er trotzdem einen Anspruch auf die eingeklagte Leistung habe, weil der Beklagte die Unmöglichkeit zu vertreten habe (§ 324) oder weil er sich in Annahmeverzug befinde, so trägt er, der Kläger, für diese keim-

---

[115]) Ebenso Hellwig, System S. 481; vgl. Betzinger S. 176; Beckh S. 194; Gaupp-Stein § 289 Note 12; a. M. Brodmann S. 93; Stölzel, Recht 02 573.

zerstörenden Momente die Beweislast (Replikgrund). 3. Erklärt jedoch der Kläger gegenüber der Einrede des nichterfüllten Vertrages, daß er die eingeklagte Leistung auch ohne Gegenleistung fordern dürfe, so muß er die einredevernichtenden oder die die Einrede im Keime zerstörenden Gründe vorbringen, aus denen sich sein Anspruch, die Gegenleistung zu erhalten, ohne daß er seinerseits zu erfüllen brauche, ergibt. Einredevernichtend ist z. B. ein Verzicht des Beklagten auf die Einrede, keimzerstörend die Vereinbarung der Vorleistung des Beklagten.[116])

Wir müssen erwägen, daß beim Beweise der Repliktatsachen der Kläger wieder beschränkt ist auf die schon in ihrer Isolierung wirkenden Voraussetzungen, und daß zur Entkräftung der neu vom Kläger geltend gemachten Rechtswirkung ein Duplikgrund entstehen kann, der nur die vom Beklagten zu beweisenden keimzerstörenden Tatsachen enthält.

Beispiel:[117]) A. klagt gegen B. auf Zahlung des Kaufpreises. Der Käufer macht einredeweise sein Gegenrecht auf Minderung des Kaufpreises auf Grund des § 462 in Verbindung mit § 459 geltend. Er beweist die Mangelhaftigkeit der gelieferten Sache. Daß ihm die Fehler bei Abschluß des Kaufvertrags verborgen geblieben waren, ist zwar materiell wesentliche Voraussetzung der Entstehung seines Gegenrechtes, das Gesetz hat jedoch die Tatsache, daß Käufer der Mangel bekannt oder nur infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt war, zu keimzerstörenden und damit zu Repliktatsachen des Klägers gestellt. Dem A. gelingt es die Tatsachen zu beweisen, aus denen die grobe Fahrlässigkeit des B. hervorgeht. Materiell ist jedoch culpa lata des Käufers nicht allein imstande, das Entstehen des Minderungsanspruchs zu hindern; eine weitere notwendige Voraussetzung der Wirkung des § 460 ist, daß der Verkäufer nicht die Abwesenheit der Fehler zugesichert, oder auch den Fehler nicht arglistig verschwiegen hat. Diese Voraussetzung braucht jedoch der replizierende Verkäufer nicht zu beweisen, das Gesetz verlangt vom Käufer den Beweis der Zusicherung oder des arglistigen Verschweigens. Vermag er diese Tatsachen seines Duplikgrundes

---

[116]) Vgl. Planck § 323 Anm. 1 und 4; Oertmann § 323 Anm. 8.

[117]) Siehe die oben vorgenommene Beweislastverteilung bei der Frage, ob der Vertrag mit einem Minderjährigen den Gegner verpflichtet (§ 108 und 109).

darzutun, dann stellt der Richter die Entstehung seines Minderungsanspruches fest; andernfalls versagt er ihm die begehrte Rechtswirkung.[118])

III. Die Vermutungen und ihre Stellung zur Beweislastlehre.

Die Vermutungen sind Rechtssätze; sie bestimmen, daß beim Vorhandensein einer bestimmten Tatsache ein Recht oder gewisse andere Tatsachen als vorhanden anzusehen sind.[1]) Die den Vermutungen innewohnende gesetzliche Kraft, die den Richter zwingt, auch wider seine Ueberzeugung das Vorhandensein einer Tatsache anzunehmen, unterscheidet dieselbe von den Erfahrungssätzen („Laienvermutungen"), die lediglich im subjektiven richterlichen Ermessen ihre Wurzel haben und ihre Kraft einbüßen, sobald der Richter Zweifel an ihrer Gültigkeit für den konkreten Fall hegt.[2]) Daher ist das Erfordernis einer jeden Vermutung, daß sie auf einen Rechtssatz sich gründet.[3])

Wir finden solche Vermutungen im BGB. in großer Zahl; es ist von größter Bedeutung, daß das Gesetz durch fast ausschließliche und konsequente Anwendung des Wortes „Vermutung" oder durch die Worte „es ist anzunehmen" schon äußerlich gekennzeichnet hat, wann eine solche vorliegt.[4])

Diese Vermutungen haben nur Bedeutung für den Beweis im Prozeß[5]) dann, wenn sie für eine zu beweisende Tatsache eingreifen. Dadurch, daß sie den Richter zwingen, das Thema probandum als erwiesen anzunehmen, erscheinen sie uns auch als reine Beweisregeln,[6]) ähnlich z. B. dem prozessualischen Satz, daß die Echtheit einer Urkunde bewiesen gilt, wenn die Echtheit der Unterschrift feststeht (§ 440 II ZPO.).

---

[118]) Vgl. Reinhold S. 51.

[1]) Der Grund für den Gesetzgeber, eine Vermutung aufzustellen, wird in der Schwierigkeit in der Ermittlung einer bestimmten Tatsache und in der Wahrscheinlichkeit des Vorliegens derselben bei Vorhandensein gewisser anderer Tatsachen liegen (vgl. Danz S. 116).

[2]) So Hedemann S. 202 ff.; unrichtig Fitting S. 67 Note c.

[3]) Leonhard S. 260; Rosenberg S. 105; Endemann S. 477 Anm. 36.

[4]) Vgl. Motive 1 384 am Ende. Hier wird die Bedeutung des § 198 (späteren § 292 ZPO.) dahin erläutert: „Die Vorschrift gibt über den Sinn Auskunft, in welchem die Worte ‚Vermutung, vermuten' im Entwurf gebraucht sind." Hedemann S. 219 ff., besonders 226.

[5]) Vgl. Hedemann S. 178.

[6]) So Hellwig, System S. 468; Kleinfeller S. 321; vgl. jedoch Hedemann S. 251 ff.

Indem jedoch das Gesetz dem Gegner dessen, der sich auf das thema probandum stützt, durch den direkten Beweis des Gegenteils der bestrittenen Tatsache die Möglichkeit gibt der Vermutung ihre Wirkung zu nehmen (§ 292 ZPO.), wird sie erst zu einer auf den ersten Blick selbständig und besonders geartet erscheinenden Beweislastregel.

Die Wirkung der widerlegbaren[7]) Gesetzesvermutung kann nicht soweit gehen, daß sie eine „Umkehrung" oder „Verschiebung" der Beweislastverteilung herbeiführt.[8]) Beweislastverteilung gibt es nur bei Verteilung der Beweisthemata; das Beweisthema ändert sich jedoch nicht, wenn eine Vermutung eingreift. Es ist nicht so, als ob derjenige, der nach allgemeinen Grundsätzen die Voraussetzungen A. und B. zu beweisen hat, lediglich die Beweislast trägt für A. und C., wenn letzteres die Vermutungsbasis für B. darstellt. Das vermutete Thema B. bleibt Gegenstand des Beweises, wie es auch trotz der Vermutung behauptet werden muß.

Auf keinen Fall „befreit" die Vermutung, wenn man den ganzen Stoff der Voraussetzungen und den vermuteten Umstand ins Auge faßt, von der Beleislast;[9]) denn zum mindesten muß der Vermutungsträger deren Prämissen beweisen. Diese brauchen aber nicht bloß Themata zu sein, welche an und für sich zum beweisbedürftigen Tatbestand gehören, sondern sie können auch andere noch nicht im Tatbestand vorhandene Themata sein, z. B. Beweisthema: Bestehen einer Grunddienstbarkeit, Vermutungsbasis: Eintragung im Grundbuch. Der einfachste aber nicht regelmäßig wiederkehrende Fall ist der, daß A. und B. beweisbedürftige Voraussetzungen eines Rechtssatzes sind, beim Vorliegen von A. jedoch B. vermutet wird.

Mit mehr Recht kann man wohl behaupten, daß das Eingreifen einer Vermutung eine Erleichterung in der Erfüllung der Beweislast bedeutet.[10]) Denn tatsächlich ist derjenige, welcher grundsätzlich die Beweislast für das Hauptthema trägt,

---

[7]) Unwiderlegbare Vermutungen (praesumptiones juris et de jure) sind materielle Rechtssätze und haben mit einer Beweislastverteilung nichts zu tun.

[8]) Beckh S. 75.

[9]) Anders Fitting S. 74 ff.; Beckh S. 75 ff.; Seuffert, Komm. zu § 292.

[10]) Wach S. 371; Gaupp-Stein zu § 292 Anm. II, 1.

nur begünstigt, wenn er bloß das Hilfsthema beweisen muß, dessen Beweis ihm in der Regel leichter fallen wird.

In dieser Hinsicht können wir allerdings die Vermutung als einen Faktor ansehen, der eine Ausnahme für die von uns festgestellten Beweislastgrundsätze schafft.[11]) Solange der Gegner in seiner Verteidigung nur die Grundlagen der Vermutung bestreitet, liegt nichts besonderes vor; schreitet er jedoch zum Beweis des Gegenteils des Hauptthemas, also zum Hauptbeweis, so erscheint dies allerdings als eine Anomalie.[12])

Um eine solche Annahme zu vermeiden, hat Leonhard[13]) behauptet, die Beweislast des Angreifers für ein Hauptthema dauere nur so lange, bis ihm der Beweis des Hilfsthemas (Vermutungsbasis) gelungen sei; von diesem Moment ab „trifft den Gegner wirklich die Beweislast für das Hauptthema." Eine solche Darlegung widerspricht m. E. völlig der Idee der abstrakten Beweislast, die für den Beschwerten für den ganzen Prozeß die stetig gleichbleibende gefährliche Notwendigkeit schafft, und nicht durch konkrete Ereignisse während des Prozesses verändert werden kann. Leonhards Ausführungen laufen praktisch darauf hinaus, daß der Angreifer nur für die Prämissen der Vermutung die Beweislast trage, während er vom Beweise der vermuteten Tatsache selbst befreit sei.

Noch weniger befriedigt die Darlegung Hedemanns (S. 300), daß die begünstigte Partei grundsätzlich immer nur für die Voraussetzungen der Vermutung die Beweislast trage, den vermuteten Umstand dagegen lediglich nur zu behaupten brauche, und den Beweis des Gegenteils seitens des Beklagten abwarten könne. Eine Beweislastverteilung, welcher die Vermutungstatsachen gleich den „offenkundigen" als keines Beweises bedürftig[14]) hinstellt, vermögen wir in den Vermutungen nicht zu erblicken.

M. E. trifft Wach das richtige in der Beurteilung der Vermutung als Beweislastregel. Er sieht nur in den allgemein aus dem BGB. sich ergebenden Beweislastregeln eine wirkliche Verteilung der Beweislast in der Art, daß ein selbständiges Beweisthema hervorgehoben und gesagt wird: für dieses

---

[11]) Diese heute herrschende Meinung vgl. Hedemann S. 317; Leonhard S. 264.

[12]) Ueber begriffliche Scheidung von Gegenbeweis und Beweis des Gegenteils siehe Betzinger S. 148 f.; Kleinfeller S. 322.

[13]) Leonhard S. 265.

[14]) Vgl. du Chesne, SeuffBl. 10 597.

Thema hat dieser oder jener die Beweislast. Die Vermutungen dagegen sollen nur im Innern eines in sich geschlossen bleibenden Beweisthemas wirken, indem sie dem für dieses Thema Beweispflichtigen Erleichterung schaffen.

Zur Billigung dieser Ansicht gelangen wir auf Grund folgender Erwägung: Die Beweislast erstreckt sich grundsätzlich und primär auch auf die vermutete Tatsache, die eine beweisbedürftige Voraussetzung eines Anspruchs oder einer Einwendung bildet. Der Eintritt einer Rechtsvermutung bedeutet nichts anderes als die aus einer Norm sich ergebende Rechtswirkung, die darin besteht, daß bei Vorliegen der Voraussetzungen des Rechtssatzes eine gewisse Tatsache als erwiesen gilt. Die in concreto zu beweisenden Umstände sind also die sogenannten Prämissen der Vermutung. Den Vermutungssätzen ist nun eigentümlich, daß das Vorhandensein aller anderen Tatsachen, welche die Vermutung „entkräften", d. h. ihre Wirkung als in Wahrheit nicht bestehend erscheinen lassen, vom Gesetzgeber als keimzerstörende gedacht sind und daher zur Beweislast des Gegners stehen. Jedoch nicht nur diese Tatumstände, aus denen die Unwahrheit der behaupteten Tatsachen direkt hervorgeht, können keimzerstörend wirken, sondern auch andere, die vom Gesetz als solche in den Vermutungstatbestand aufgenommen worden sind (z. B. die keimzerstörende Tatsache des abhanden gekommenen Besitzes im Falle des § 1006). Hieraus erhellt am besten, daß in der Beweislastlehre die Vermutung als Norm keine andere Stellung einnimmt als jeder andere Rechtssatz. Wenn sie auch in ihrer Wirkung sich wohl als eine Ausnahme unserer allgemeinen Beweislastregel äußert, so zeigt jedoch die Begründung der sich aus ihr ergebenden Beweislastverteilung nichts Ungewöhnliches.

Dem Vermutungsgegner ist es überlassen, entweder die Vermutungsbasis zu leugnen oder dem Vermutungssatze durch den Beweis keimzerstörender Tatsachen, besonders des Gegenteils d. h. des Nichtvorliegens der vermuteten Tatsachen, die Wirkung zu nehmen. Wenn also in einem Hauptprozeß die klagende Partei grundsätzlich die Beweislast trägt für die Voraussetzung A. für die eine Vermutung Platz greift, dann hat sie zwei Wege: entweder beweist sie A. direkt ohne die Vermutung zu Hilfe zu nehmen, oder sie erfüllt ihre Beweislast indirekt, indem sie die Rechtswirkung der Vermutung, deren Voraussetzungen sie beweist, darlegt.

Beispiel: Das uneheliche Kind klagt gegen den Vater nach § 1708 auf Gewährung des Unterhalts. Der Beklagte bestreitet der Vater zu sein, sodaß der Kläger die Beweislast für die Vaterschaft (Hauptthema) trägt. Er wird ihr gerecht, indem er die Vermutungsbasis des § 1717 beweist, die Beiwohnung innerhalb der Empfängniszeit. Dem Gegner obliegt die Beweislast, für die keimzerstörende Tatsache, daß es den Umständen nach offenbar unmöglich ist, daß die Mutter das Kind aus dieser Beiwohnung empfangen hat.

Ueber den Charakter der Vermutungssätze herrscht Streit. Ohne Zweifel gehören sie jedoch dem prozessualen Rechte an, da sie ja nur für den Prozeß Bedeutung haben.[15])

Bei ihrer Bedeutung für die Beweislast ist es nicht angängig die Vermutung auch für Fälle anzunehmen, für die das Gesetz nicht ausdrücklich eine Vermutung ausgesprochen hat.[16]) Irrig ist es z. B. in § 903, der ganz allgemeinen Definition des Eigentums, eine Vermutung der Freiheit des Eigentümers von Beschränkungen zu erblicken,[17]) oder zu Ungunsten eines Dritten im Falle des § 1120 vermuten zu wollen, daß die Zubehörstücke dem Eigentümer des Grundstückes gehörten.[18]) Selbst jeder Weg der Analogie ist hier m. E. zu versagen, so daß z. B. eine analoge Ausdehnung des § 1527 (der Vermutung, daß bei der Errungenschaftsgemeinschaft das vorhandene Vermögen Gesamtgut sei) auf die beiden anderen Arten der Gütergemeinschaft ausgeschlossen ist.[19]) Ebensowenig gerechtfertigt ist, die übliche Meinung, der Quittung die „beweislastverschiebende“ oder die „des Beweises überhebende“ Kraft einer gesetzlichen Vermutung zuzusprechen. Denn weder gibt es eine „Beweislastverschiebung“ noch findet sich im Gesetz eine solche Vermutung ausgesprochen.[20])

---

[15]) Vgl. Eneccerus I. 2 106; Danz S. 115; Gaupp-Stein zu § 292 Nr. 4; Rosenberg S. 108; a. M. Fitting S. 76 Anm. A.; Beckh S. 90; Betzinger S. 115.

[16]) Vgl. Hedemann S. 340 ff.; Leonhard S. 152: Die wahre Vermutung beruht ausschließlich auf dem Gesetze und ist nur gerechtfertigt, so weit sie aus ihm darzulegen ist; Kitz S. 18.

[17]) A. M. Wolff, Sachenrecht S. 130.

[18]) Wolff a. a. O. S. 453.

[19]) A. M. Leonhard S. 262; Beckh S. 80; zugleich auch Hedemann S. 343.

[20]) Richtig Rosenberg S. 90 Anm. 6; Hedemann S. 207 Anm. 9; a. M. Planck, Bem. 5e § 368 und Beckh S. 221 und 224.

Aus den gleichen Gründen lehnen wir die Annahme des Reichsgerichts ab, überall da eine Vermutung zugrunde zu legen, wo wir nur das Vorliegen keimzerstörender Tatsachen feststellten (vgl. §§ 831, 832, 834).[21]) Praktisch zeigt sich der Unterschied, der reichsgerichtlichen und unserer Auffassung darin, daß bei einer Vermutung, die der Beklagte widerlegen muß, der Kläger den vermuteten Umstand und die Vermutungsbasis zum mindesten behaupten muß, während bei Annahme keimzerstörender Tatsachen deren Vorliegen vom Beklagten behauptet und bewiesen werden muß.[22]) Beckh begeht den Fehler, eine Rechtsvermutung im weiteren Sinn überall da zu konstruieren, wo überhaupt eine Verteilung der Beweislast besteht. Die Vermutung bildet nicht den Grund der Beweislastverteilung; es darf demnach nicht deshalb eine Tatsache als vermutet angesehen werden, weil ihr Gegenteil nach anderen Beweislastgrundsätzen Thema des Beweises ist.[23])

IV. Die Auslegungsregeln in ihrer Stellung zur Beweislastlehre.

Keine direkte Bedeutung für die Beweislastlehre haben im Gegensatz zu den Vermutungen die gesetzlichen Auslegungsvorschriften. Wir unterscheiden zunächst die allgemeinen Auslegungsregeln der §§ 133, 157, 2084. Da sie lediglich den Richter anweisen, wie er bei der Auslegung von Willenserklärungen, wenn bereits gewisse Tatsachen festgestellt sind, zu verfahren habe, und sich also gar nicht auf die Bestellung zweifelhafter Tatsachen beziehen, können sie als Beweislastregel auch nicht in Betracht kommen.[1]) Daher ist in dem Vorbringen der Partei, die auf die Auslegung des Richters in einem bestimmten Sinn einwirken will, nie die Erfüllung einer Beweispflicht zu sehen. Zwar wird die Partei, die einen von der normalen Bedeutung abweichenden Sinn der bewiesenen Erklärung behauptet, gut daran tun, auch Gründe hierfür vorzubringen, z. B. den besonderen Sprachgebrauch oder die besondere Verkehrssitte; doch ist dies nicht Folge einer Beweislast; die Partei bindet hierdurch nicht den Richter in seiner freien, nur vom Willen des Gesetzes geleiteten Auslegungstätigkeit.[2])

[21]) Vgl. oben S. 74.
[22]) Vgl. Leonhard S. 409.
[23]) Vgl. Rosenberg S. 105 f.
[1]) Vgl. Danz S. 107 und S. 113.
[2]) Nicht zutreffend m. E. Enneccerus I. 1 521.

In zweiter Linie haben wir es mit einer Reihe von materiellen Gesetzesvorschriften zu tun, die im Gesetz regelmäßig gekennzeichnet werden durch die Wendungen: „im Zweifel“ oder „soweit nicht ein anderer Wille anzunehmen ist“. Sie werden (ungenauer Weise) von den Motiven zum BGB.[3]) ebenfalls mit Vorliebe Auslegungsregeln genannt.

Sie sind zwar auch Interpretationsregeln, doch sind sie vor allem selbständige Normen des materiellen Rechtes, die nur an bestimmte, durch Beweisführung bereits festgestellte Tatbestände gewisse Rechtsfolgen knüpfen — im Zweifel, d. h. wenn eine Erklärung oder ein Verhalten einer Partei verschieden aufgefaßt werden kann und die Auslegung zu keinem sicheren Resultat kommen kann.[4])

Das Gesetz legt allerdings in der Auslegungsnorm eine Regelung zugrunde, die vernünftige Menschen in der als normal vorausgesetzten Sachlage im allgemeinen treffen. Dieser legislative Grund bildete für viele den Anlaß, anzunehmen, sie enthielte eine Vermutung für den im Gesetz ausgedrückten Willen der Partei (präsumptio voluntatis). In die Sprache der Beweislastlehre übertragen heißt das: Derjenige, der die Wirkung einer Auslegungsvorschrift geltend macht, hat nur die der Erklärung zugrunde liegenden Tatsachen zu beweisen, während den Gegner der Beweis trifft, daß die Parteien damit einen anderen als den vom Gesetz vorgesehenen Willen in Wirklichkeit gehabt hätten.[5]) Neuere Schriftsteller[6]) haben jedoch mit Recht darauf hingewiesen, daß die Auslegungsregeln nichts mit den Vermutungen zu schaffen haben.

Die Vermutungen sind prozessuale Vorschriften für den Beweis, für die Feststellung von Tatsachen, die Auslegungsregeln dagegen sind materielle Rechtssätze, die für den Richter erst dann in Betracht kommen, wenn der feststellungsbedürftige Tatbestand bereits erwiesen ist. „Sie bestimmen nicht (wie die Vermutung), daß eine Tatsache als wahr angenommen werden

---

[3]) § 510 Abs. 2.

[4]) Vgl. Danz S. 112.

[5]) Diese Ansicht vertraten Burckhard S. 182 ff.; Unger S. 597; Wach S. 371 u. a.

[6]) Vgl. Endemann S. 41; Leonhard S. 329; besonders Hedemann S. 229; Danz S. 114 (3. Aufl.).

soll, sondern daß eine Aeußerung in einem bestimmten Sinn verstanden werden soll.“[7])

Der Theorie der Willensvermutung ist weiter entgegenzuhalten, daß die Rechtsfolge einer Auslegungsvorschrift auch dann eintritt, wenn die Parteien in dem konkreten Falle eine derartige Regelung, wie sie das Gesetz gibt, sich nie vorgestellt haben.[8]) Wie könnte also das Gesetz den Richter anweisen, einen Willen für vorhanden anzunehmen, der in Wirklichkeit gar nicht vorhanden ist? Fiktionen schließlich enthalten die Auslegungsvorschriften doch ganz gewiß nicht.

Nicht verlangt der Gesetzgeber von der Partei, welche die Rechtsfolge der Auslegung für sich in Anspruch nimmt, den Beweis, daß der Parteiwille nicht entgegenstehe. Denn mag ihr dieser Beweis gelingen oder nicht, stets wird der Richter nur die Auslegungsnorm anwenden können.[9]) „Im Zweifel“ greift sie Platz, d. h. wenn die Parteien über den Sinn, den die Vertragsworte haben sollen, nicht einig sind. Wir kommen daher zum Schlusse, daß die Partei, welche die Wirkung der Auslegungsvorschrift geltend macht, nur deren Voraussetzung, nämlich das Vorhandensein der ihr als feststehend zugrunde liegenden Tatsachen, besonders der abgegebenen Erklärung, zu beweisen hat.

Bringt der Beklagte in praxi Tatmomente vor, die auf das wirkliche Vorhandensein eines nach außen hervortretenden Parteiwillens schließen oder die bei verständiger Würdigung die Anwendung der Auslegungsvorschrift im konkreten Fall als nicht zweckentsprechend erscheinen lassen,[10]) so erfüllt er hiermit nicht eine Beweislast,[11]) sondern er unterstützt nur den Richter in seiner Auslegungstätigkeit. Denn nimmermehr kann zugelassen werden, daß die Auslegung eines Rechtsgeschäftes (oder einer rechtsgeschäftlichen Erklärung) in die Hände der Parteien gegeben würde.[12]) Häufig

---

[7]) Danz a. a. O.

[8]) Vgl. Düringer-Hachenburg, HGB. 2 319; Hellwig, Lehrbuch 2 148 („Die Auslegungsvorschrift ergänzt die Rechtsfolgen; den Parteiwillen ergänzt sie nicht, sondern ersetzt ihn“).

[9]) Richtig Rosenberg S. 70; Hellwig a. a. O. S. 148 Anm. 31.

[10]) Vgl. Zitelmann S. 91; Hedemann a. a. O.; nicht zutreffend Planck S. 23 f.

[11]) A. M. Rosenberg a. a. O.

[12]) Vgl. RG. in GruchotsBeitr. 30 1137.

findet man in der Literatur die Behauptung vertreten,[13]) Auslegungs- und Dispositivvorschriften seien so eng miteinander verbunden, daß sie auch für die Beweislehre einheitlich behandelt werden müßten. Nach Beckh besteht zwischen ihnen nur folgender Unterschied:[14]) „Während zur Entkräftung einer Willensvermutung“ d. i. bei der Auslegungsvorschrift) „die prozessuale Feststellung des Vorhandenseins eines anderen Willens ausreicht, ist zur Entkräftung einer dispositiven Vorschrift die Feststellung der Erklärung eines anderen Willens erforderlich“. Dies muß nach unseren Darlegungen als nicht zutreffend bezeichnet werden. Besonders wollen wir noch darauf aufmerksam machen, daß viel zu geringe Bedeutung dem auch für die Beweislastlehre wichtigen Unterschied beigelegt wird, daß nämlich die Wirkung der Auslegungsregel unmittelbar auf Gesetz, die Wirkung der Dispositionsvorschrift jedoch auf dem vom Gesetz sanktionierten Willen der Parteien ruht.

---

[13]) Z. B. bei Planck 1 23; Betz S. 148 f.; Rosenberg S. 69.
[14]) Beckh S. 88 und S. 187.

III. TEIL.

I. Die Beweislast in den Fällen der §§ 929 bis 936 BGB.

1. Die Tatbestandsmerkmale der Einigung und Uebergabe.

Wie unser deutsches Recht zur rechtsgültigen Uebertragung des Eigentums einer beweglichen Sache durch den Eigentümer an den Erwerber grundsätzlich fordert die Uebergabe der Sache zugleich mit dem auf Uebereignung gerichteten Willen des Veräußerers und Erwerbers (§ 929 BGB.),[1]) so hält es erst recht an diesen beiden Voraussetzungen fest, wenn es in bestimmten Ausnahmefällen der Verfügung eines Nichteigentümers über die Sache die Wirkung zuerkennt, das Eigentum des frühern Eigentümers zu zerstören und das Eigentum des Erwerbers zu begründen.

Einigung und Uebergabe sind dingliche Verträge, sie zusammen bilden den wahren Rechtsgrund jeglicher Eigentumsübertragung.

Die Uebergabe, d. h. Uebertragung des unmittelbaren Besitzes, der „die Uebergabe kurzer Hand" (brevi manu traditio) gleichgestellt ist, kann ersetzt werden durch Besitzkonstitut (§ 930) und Anspruchsabtretung (§ 931).

Während jede dieser Möglichkeiten der Uebergabe beim Erwerb vom Eigentümer die Wirkung des Eigentumsübergangs erzeugt, bringt diese Wirkung bei der rechtsgeschäftlichen Uebertragung durch den Nichteigentümer das Besitzkonstitut nicht hervor (§ 933). Denn der Erwerber, der dem veräußernden Nichteigentümer, dadurch daß er ihn im Besitz läßt, Vertrauen schenkt, verdient nicht Bevorzugung gegenüber dem Eigentümer, der dem Veräußerer das nämliche Vertrauen geschenkt hat. Als weitere die Möglichkeit des Eigentumserwerbs vom Nichteigentümer einschränkende Abweichung ergibt sich in dem Falle der Uebergabe kurzer Hand. Hier ist

[1]) So die herrschende Meinung; a. M. Wolff S. 169 f.

zur Begründung des Eigentums unbedingt erforderlich, daß der Erwerber auch den Besitz vom Veräußerer erlangt hat (§ 932). Hieraus ersehen wird, daß nur auf Grund eines vollen Besitzwechsels, der sich vom Veräußerer unmittelbar an den Erwerber vollzieht, neues Eigentum durch die Verfügung eines Nichtberechtigten entstehen soll. Weiterhin erkennen wir, daß es die Uebergabe des Besitzes und die dem Fahrnisbesitz innewohnende „Legitimationskraft“[2]) ist, die den eigentlichen Rechtsgrund bildet für den trotz des Mangels im Recht heute eintretenden Rechtserwerbs.

Für die Beweislastverteilung ist mit dieser Erkenntnis folgendes gewonnen:

Einigung und Uebergabe bilden die spezifisch rechtsbegründenden Voraussetzungen des rechtsgeschäftlichen Erwerbs des Eigentums an beweglichen Sachen. Wer daher infolge der Veräußerung, sei es durch den Eigentümer oder Nichteigentümer, sich auf den Untergang des Eigentums des früheren Eigentümers und die Entstehung des Eigentums in seiner eigenen Person beruft, trägt die Beweislast für diese beiden seinen Rechtsgrund bildenden Tatumstände.

Die vollzogene Einigung beweist er, indem er die dahin abzielenden Willenserklärungen darlegt. Behauptet dagegen der Gegner das Fehlen einer allgemeinen Gültigkeitsvoraussetzung, z. B. geisteskrank oder minderjährig gewesen zu sein, so trägt nach unseren Ausführungen für dessen Nichtvorhandensein derjenige die Beweislast, der die Gültigkeit des Vertrages geltend macht. Hinsichtlich der Uebergabe erfüllt er seine Beweispflicht dadurch, daß er entweder eine körperliche Uebergabe der Sache darlegt oder beweist, daß sie durch eine der oben angeführten zulässigen Ersatzübergaben vollzogen sei.

Diese beiden Tatbestandsmerkmale bilden aber auch die einzigen Voraussetzungen, die derjenige zu beweisen hat, der von einem Eigentümer erworben zu haben behauptet; sie bilden seinen Klagegrund. Indem er so die Erfordernisse seines Eigentumserwerbes dartut, beweist er das Entstandensein seines behaupteten Rechts. Nicht obliegt es ihm, dem Angreifer, weiter zu beweisen, daß das Recht im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung noch besteht, d. h. nicht inzwischen wieder

---

[2]) Vgl. Gierke S. 575; vgl. Code civil: en fait de meubles la possession vaut titre.

untergegangen ist. Solches anzuführen und darzutun ist kraft der Verhandlungsmaxime Sache des Angegriffenen.

Nehmen wir an, der Angegriffene behauptet, das Eigentum des Klägers sei untergegangen; denn er selbst habe, wenn auch nicht vom Kläger, so doch von einem Nichteigentümer auf Grund der §§ 932 ff. Eigentum erworben. Für dieses Vorbringen ist der Beklagte verantwortlich. Um damit gehört zu werden, wäre es zunächst auch für ihn erforderlich, die beiden wesentlichen Voraussetzungen jeglichen rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerbs, Einigung über den Eigentumsübergang und Uebergabe der Sache, zu erweisen. Damit allein ist freilich der Einredegrund dessen, der von einem Nichteigentümer rechtsgültig erworben zu haben behauptet, nicht erschöpft. Die §§ 932 ff. enthalten noch weitere Voraussetzungen, deren Stellung zur Beweislastfrage im folgenden zu erörtern ist.

2. Das Tatbestandsmerkmal des guten Glaubens im Falle des Eigentumserwerbes vom Nichteigentümer.

a) In den §§ 932 bis 935.

Der Erwerb des Eigentums vom Nichtberechtigten findet seine wirtschaftliche und ethische Rechtfertigung durch den guten Glauben des Erwerbers. Während es gemeinrechtlich streitig ist, was unter gutem Glauben zu verstehen ist, hat sich das BGB. in § 932 II dahin entschieden, daß der Erwerber dann nicht in gutem Glauben ist, wenn er weiß oder ohne grobe Fahrlässigkeit wissen muß, daß der Veräußerer Nichteigentümer ist. Nur wenn er an das Eigentum des veräußernden Besitzers glaubt oder glauben konnte, wird er geschützt; nichts nutzt es ihm also nach bürgerlichem Recht, wenn er statt dessen an ein Recht des Veräußerers über die Sache für den Eigentümer zu verfügen, glaubte. Guter Glaube ist immer etwas positives,[3]) nämlich die entschuldbare Meinung von einem Eigentümer zu erwerben; nicht genügt allgemein die Meinung rechtmäßigen Erwerbs.

Soll der gute Glaube die Wirkung des Eigentumsüberganges haben, dann muß er in dem nach dem Gesetz erforderlichen Zeitpunkt vorhanden sein, und zwar nur in diesem: mala fides superveniens non nocet.

Dieser Zeitpunkt ist verschieden, je nach dem eine Besitz-

---

[3]) Ebenso sehr bestritten, wie alle Unterscheidungen von Positiven und Negativen; vgl. Rosenberg S. 119; Staudinger zu § 932 I a α.

übergabe oder nur ein Surrogat für sie erfolgt, er ist im Falle der Uebergabe des Besitzes durch unmittelbare Besitzübertragung (§§ 929 I und 932) der der Uebergabe, im Falle der Uebergabe kurzer Hand der des Vertragsschlusses (Einigung); im Falle der Abtretung des Herausgabeanspruchs muß der gute Glaube, wenn der Veräußerer mittelbarer Besitzer der Sache ist, im Zeitpunkt der Abtretung vorhanden sein; ist er jedoch nicht mittelbarer Besitzer, z. B. Bestohlener, so im Moment der Besitzerlangung durch den Dritten.

Ueberaus lehrreich für die Erfassung des Beweislastproblems ist die Beantwortung der Frage: hat der von einem Nichteigentümer Erwerbende seinen guten Glauben, d. h. die Tatsachen, auf die er seine entschuldbare Unkenntnis stützt, zu beweisen oder obliegt es dem Gegner den bösen Glauben, die Kenntnis oder grobfahrlässige Unkenntnis des Erwerbenden, darzutun?

Es unterliegt keinem Zweifel, daß der gute Glaube des Erwerbers materiell eine wesentliche Voraussetzung des Eigentumsübergangs auf Grund der §§ 932 ff. bildet. Streitig ist jedoch, ob der gute Glaube lediglich als eine Voraussetzung des Anspruchs oder ob er als der Rechtsgrund des Erwerbers zu betrachten ist.[4]) Dieser Streit hat für die Beweislastverteilung Bedeutung, insofern eben dieselbe ihre Quelle hat im materiellen Recht.

Von Wert ist daher die Vergleichung der Stellungnahme des Entwurfes I zum BGB. und des nunmehr geltenden Rechtes.

§ 877 des Entwurfes I, der dem jetzigen § 892 BGB. entspricht, lautet folgendermaßen: „Das Eigentum wird nach Maßgabe des § 874 I (jetzt § 929 BGB.) auch dann erworben, wenn der Veräußerer Nichteigentümer war, der Erwerber aber zur Zeit der Uebergabe den Rechtsmangel nicht gekannt, seine Unkenntnis auch nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht hat."

Daraus folgt klar, daß § 877 die bona fides nicht nur zur Voraussetzung für den Eintritt der Rechtswirkung macht, sondern in ihr den Rechtsgrund derselben erblickt. Nicht die Verfügungsmacht des Unbefugten soll den Grund des Rechtserwerbes bilden, nicht soll, wie die Motive (Bd. 3 S. 346) sich aus-

[4]) Vgl. Gierke S. 575; dagegen Dernburg, Bürg. Recht III § 98; Romeik, Zur Technik des BGB. III. S. 35 ff.; Regelsberger, Jahrb. f. Dogm. 17 354 ff.

drücken, „die objektive Wahrscheinlichkeit, daß der Besitzstand dem Recht entsprochen habe", allein ausschlaggebend sein, nein nur die bona fides „rechtfertigt die anomale Begünstigung des Erwerbers". Demnach würde nach dem Entwurfe I für die Beweislast im Prozesse sich ergeben, daß der Erwerber bei Geltendmachung seines Eigentums die Tatsachen, auf die er seinen guten Glauben baut, als spezifisch rechtsbegründende Tatumstände zu behaupten und zu beweisen hat.

Vergleichen wir dagegen § 932 des BGB.: „Durch eine nach § 929 erfolgte Veräußerung wird der Erwerber auch dann Eigentümer, wenn die Sache nicht dem Veräußerer gehört, es sei denn, daß er zu der Zeit, zu der er nach diesen Vorschriften das Eigentum erwerben würde, nicht im guten Glauben ist."

Welch eine wichtige Aenderung in der Fassung hinsichtlich des Merkmales des guten Glaubens! Wir sehen daraus, daß das BGB. den Standpunkt des Entwurfes I verlassen hat; nicht mehr der gute Glaube bildet den eigentlichen Rechtsgrund des Eigentumserwerbers vom Nichteigentümer, sondern die Publizitätskraft des Besitzes.

Von höchstem Interesse ist jedoch, daß die Fassungsänderung mit Rücksicht auf die Verteilung der Beweislast eingetreten ist. Wie wir aus den Quellen ersehen,[5]) wollte man nicht mehr, wie der Entwurf I es noch tat, dem dritten Erwerber den Beweis seiner Redlichkeit auferlegen, sondern dem Eigentümer, „der seine Sachen einem anderen anvertraue und die Gefahr des Eigentumsverlustes auch insofern tragen müsse, als der Nachteil der Beweislast ihn treffe". Ausschlaggebend für diese Regelung der Beweislast war die Rücksicht auf das Verkehrsinteresse.

Zunächst erkennen wir aus der Vergleichung der beiden Stellen den wichtigen Satz, daß das BGB. nicht nur darnach trachtet, in seinen Vorschriften über die Begründung von Rechten zugleich die Beweislast im künftigen Prozeß zu regeln, sondern daß die Redaktoren des Gesetzes sogar glaubten, durch die verschiedenartige Satzfassung bereits einen genügenden gesetzlichen Anhalt zur Verteilung der Beweise zu geben.[6]) In letzterem freilich irrten sie sich. Immerhin ist die Fassung des

[5]) Magdan S. 634.

[6]) Vgl. KommProt. S. 8803; Planck 1 44; Dernburg III § 98.

BGB., wenn sie sich auch mangels eines gesetzlichen Ausspruches nicht als eine gesetzliche Regelung der Beweislast darstellt, von nicht zu unterschätzender Bedeutung für die Auslegung des Gesetzeswillens. So ist sich heute auch Theorie und Praxis darüber einig, daß der Eigentümer die Beweislast für den bösen Glauben des Erwerbers trägt. Doch mit welcher Begründung?

Weitverbreitet ist die Lehre, für den guten Glauben bestehe eine Rechtsvermutung. Wie unrichtig jedoch bei der Aufstellung einer solchen verfahren wird, geht mit Deutlichkeit aus folgenden Ausführungen des Staudingerschen Kommentars hervor. Er sagt nämlich: „Mit Rücksicht auf die negative Fassung der bona fides muß nicht der Erwerber seine Redlichkeit beweisen, vielmehr der klagende Eigentümer die Unredlichkeit des Erwerbers: es besteht also eine Rechtsvermutung für den guten Glauben des Erwerbers". Dies ist unzutreffend. Anstatt von dem Vorhandensein einer Vermutung eine Beweislastverteilung abzuleiten, folgert Staudinger aus einer erst zu begründenden Beweislastverteilung auf das Bestehen einer Rechtsvermutung, die dann wieder die Beweislastregelung erklären soll. Dieser circulus vitiosus, der denen häufig passiert, die überhaupt das Beweislastsystem auf lauter Vermutungen aufbauen wollen, ist offensichtlich.

Wieder andere Schriftsteller[7]) behaupten, auch in unserem Recht habe der altrömische Satz: quisquis präsumitur bonus Geltung, insofern als jeder im Prozeß solange als ehrlich betrachtet werde, bis das Gegenteil dargetan ist. Darnach richte sich auch unsere Beweislastregelung hinsichtlich des guten Glaubens.[8]) Auch diese Darlegung geht von unrichtigen Voraussetzungen aus. Sie stellt den altrömischen Satz hin, als sei er Bestandteil unseres positiven Rechts geworden; sie ist sich infolgedessen nicht bewußt, daß er heute mangels jeder gesetzlichen Grundlage[9]) nur mehr noch eine Rolle als Erfahrungstatsache, als „Laienvermutung", wie Hedemann sagt, spielt und somit in das Gebiet der freien richterlichen Beweiswürdigung gehört. Mit einer Beweislastregel als einer geltenden Rechtsvermutung hat dieser Satz absolut nichts zu tun, wenn er auch im

---

[7]) Wach, ZZP. S. 390; Hellwig, System; Dernburg 3 § 98.

[8]) Diese Ausführungen haben große Aehnlichkeit mit den Interimswahrheiten Ungers, die keines direkten Beweises bedürfen sollen. Dazu gehöre auch der gute Glaube des Mitmenschen.

[9]) Anders nach Schweizer Recht; vgl. Art. 3 Abs. 1 ZGB.

täglichen Leben als notwendige Grundlage eines gesunden Geschäftsverkehrs Geltung haben mag.

Ganz allgemein halten wir den Behauptungen derer, die ohne nähere Begründung eine Rechtsvermutung für die bona fides des Erwerbenden in unserem Gesetz als vorhanden ansehen, entgegen, daß zur Annahme einer Rechtsvermutung in unserem BGB. als wesentlich eine ausdrückliche Bezeichnung als Vermutung[10]) gehört. Nirgends finden wir jedoch im Gesetz ausgesprochen, daß der gute Glaube „vermutet" werde.

Die Normentheorie[11]) hinwiederum erblickt, im Gegensatz zu unserer Darstellung in der bona fides, eine Negative; den Beweis des Positiven verlange jedoch das BGB. durch Aufstellung einer Gegennorm vom Gegner. Diese Darlegung lehnen wir grundsätzlich ab.[12])

Richtiger Ansicht nach erkennen wir in den Tatbestandsmerkmalen des guten Glaubens einen solchen Tatumstand, dessen Gegenteil das Gesetz als Hinderungsgrund des Eigentumsverlustes und des Eigentumsüberganges und als keimzerstörende Tatsache vom Gegner beweisen läßt. Diese Stelle ist in unserer Systematik für das Wesen der „keimzerstörenden Tatsache" und ihre Bedeutung für die Beweislastverteilung ein treffender Beleg.

Bei der Betrachtung des § 877 Entwurf I sahen wir, daß im guten Glauben des Erwerbers der eigentliche Rechtsgrund des Erwerbs des Eigentums von einem Nichteigentümer zu erblicken ist und daß demnach der Erwerber, der die Neubegründung des Eigentums in seiner Person behauptete, für diese Tatsache als für einen spezifisch rechtsbegründenden Umstand beweispflichtig sein sollte. Ganz anders die §§ 932 ff. BGB. Nicht mehr ist heute der gute Glaube der Rechtsgrund der Eigentumsübertragung, sondern der offensichtliche Besitz und die mit seiner Legitimationskraft verbundene Verfügungsmacht des Nichteigentümers. Der gute Glaube ist lediglich eine materielle, außerhalb des eigentlichen Rechtsgrundes stehende Voraussetzung des Eigentumserwerbs. Als solche soll sie nicht der Erwerber zu beweisen haben, sondern der frühere Eigentümer soll für ihr

---

[10]) Vgl. oben S. 102 und 108.

[11]) Betzinger S. 176 f.; Rosenberg S. 119; Beckh S. 60.

[12]) Vgl. oben S. 59 f.

Nichtvorhandensein, für diese keimzerstörende Tatsache, die Beweislast tragen. Dieses Ergebnis hat das Gesetz schon dadurch äußerlich zum Ausdruck gebracht, daß es in dem Satze mit „es sei denn, daß" (§§ 932—935) und „die Vorschrift findet keine Anwendung, wenn ..... nicht" (§ 936) das Fehlen des guten Glaubens als Ausschließungsgrund des sonst eintretenden Eigentumserwerbs feststellt.

Wir sehen hier also die wesentlichen Merkmale der für die Beweislastlehre so wichtige Unterscheidung von spezifisch rechtserzeugenden und keimzerstörenden Tatsachen klar zum Ausdruck gebracht: Einerseits die Scheidung zwischen eigentlichem Rechtsgrund und sonstigen materiellen Voraussetzungen der Rechtswirkung, anderseits die den Willen des Gesetzgebers anzeigende Fassung, in der das Gegenteil der letzteren als Hinderungsgrund der Rechtswirkung angeführt wird.

Aus diesen Erwägungen heraus ist die keimzerstörende Tatsache des bösen Glaubens als Einwendung von demjenigen zu beweisen, der das Eigentum des Erwerbers bestreitet, sei es, daß es der frühere Eigentümer selbst, oder ein beliebiger Dritter ist, der es leugnet.

b) Der gute Glaube im Fall des § 936.

§ 936 I bestimmt, daß grundsätzlich alle Rechte, die an einer nach den §§ 931 bis 935 gültig veräußerten Sache im Augenblick des Eigentumserwerbs bestanden haben, z. B. Pfandrecht oder Nießbrauch, mit der Uebertragung des Eigentums untergehen. Voraussetzung dieses Untergangs ist also in erster Linie, daß der Gegner das Eigentum an der Sache erworben hat. Es finden daher grundsätzlich alle hinsichtlich des Beweises der diesen Erwerb betreffenden Tatsachen geltenden Regeln auch hier Anwendung. Weitere Voraussetzungen des Erlöschens der Rechte ist jedoch, daß der Erwerber im Zeitpunkt seines Eigentumserwerbs auch hinsichtlich dieser Rechte in gutem Glauben war, d. h. in der entschuldbaren Meinung, die Rechte bestünden nicht. Nur in einem Falle gehen die Rechte trotz guten Glaubens des Erwerbers nicht unter, wenn nämlich der Eigentumserwerb im Wege der Abtretung des Herausgabeanspruchs sich vollzog und der Besitzer der Sache identisch ist mit dem Inhaber des Rechts. Die Publizitätskraft des Besitzes ist stärker als der gute Glaube des Erwerbers. Wir sehen: auch hier ist nicht der gute Glaube Rechtsgrund des Untergangs der Rechte, sondern lediglich eine Voraussetzung

hierzu; auch hier ist der böse Glaube als ein Hinderungsgrund der Rechte gefaßt.

Demgemäß entspricht auch die Beweislastverteilung ganz der sich nach den §§ 932 bis 935 ergebenden. Der Erwerber, der die Freiheit seiner Sache von Rechten die vor der Uebertragung des Eigentums bestanden haben, behauptet, braucht nicht seinen guten Glauben hinsichtlich der Nichtexistenz von Rechten Dritter zu beweisen; vielmehr obliegt es dem Gegner die Tatsachen anzugeben, aus denen der böse Glaube des Erwerbers hervorgeht.

Eine unserm Recht entgegengesetzte Regelung der Beweislast nimmt der österreichische Gesetzgeber vor. Dies kommt daher, daß er in der Redlichkeit des Erwerbers neben dem Besitz den eigentlichen Rechtsgrund des Eigentumsüberganges sieht. Daher muß der Erwerber seinen guten Glauben beweisen, der hier aber lediglich das Nichtkennen des Mangels des Veräußerers umfaßt und nicht auch die grobfahrlässige Unkenntnis. Dem Gegner obliegt es also, die keimzerstörende Tatsache des grobfahrlässigen Irrtums zu beweisen. Hierin stimmt das österreichische Gesetz mit unserem BGB. wieder überein.

Die dargelegte Beweislastverteilung wurde in den §§ 367 und 368 Oest. BGB. wie folgt vorgenommen: „Die Eigentumsklage findet gegen den redlichen Besitzer einer Sache nicht statt“ . . . denn „von dem redlichen Besitzer wird das Eigentum erworben (§ 367). „Wird aber bewiesen, daß der Besitzer entweder schon aus der Natur der an sich gebrachten Sache oder aus dem auffallenden zu geringen Preis derselben . . . . . einen gegründeten Verdacht gegen die Redlichkeit seines Besitzes hätte schöpfen müssen, dann muß er als ein unredlicher Besitzer die Sache dem Eigentümer abtreten.“ (§ 368).

2. Das Tatbestandsmerkmal der anvertrauten Sache (§ 935 I).

Es entspricht einem altdeutschen Rechtsgedanken, daß der Eigentümer nur dann durch die Verfügung eines Dritten mit dem Verluste seines Eigentums (früher seiner Besitzklage)[13]) geschädigt werden solle und dürfe, wenn sie von jemanden ausging, dem er seine Sache anvertraut hatte. Nicht soll er jedoch sein Eigentum einbüßen, wenn ihm die Sache ohne seinen Willen ab-

[13]) Vgl. Gierke S. 553 ff.

handen gekommen war, sei es dadurch, daß sie ihm gestohlen wurde, oder daß er sie verlor oder daß er sie sonst in einem willenlosen Zustand (als Geisteskranken) oder wider seinen Willen (infolge Betrugs) von sich gab. Dieser Gedanke der in den alten Rechtssprichwörtern: „Hand muß Hand wahren", oder „wo einer seinen Glauben gelassen hat, da muß er ihn wieder suchen" seinen Niederschlag gefunden hat, ist auch im BGB. in § 935 zum Ausdruck gekommen. Die materielle Rechtslage ist heute die, daß nur an einer Sache, die dem Eigentümer, sei es als unmittelbarem oder als mittelbarem Besitzer unfreiwillig verloren gegangen ist, ein Eigentum durch die Verfügung eines besitzenden Nichtberechtigten nicht erworben werden kann.

Für die Beweislastverteilung erhebt sich die Frage, ob der Erwerber den freiwilligen Besitzverlust oder ob der klagende Eigentümer zu beweisen hat, daß ihm seine Sache „abhanden gekommen ist".

Schon im altdeutschen Recht bildet bei der Klage des früheren Besitzers auf Herausgabe der Sache die Behauptung des unfreiwilligen Besitzverlustes einen Bestandteil des Klagegrundes;[14]) auch heute, nachdem sich als Folge des Ausschlusses der Besitzverfolgung Verlust und Erwerb des Eigentums unmittelbar herausentwickelt hat, müssen wir zu dem nämlichen Ergebnis kommen. Aus dem Wortlaut des § 935 I: „Der Erwerb des Eigentums auf Grund der §§ 932 bis 934 tritt nicht ein, wenn ....." geht hervor, daß das Gesetz das Abhandengekommensein einer beweglichen Sache, als ein den Verlust und den Erwerb des Eigentums ausschließenden Grund kennzeichnet. Weiter ergibt sich daraus, daß das Anvertrautsein einer Sache, wenn auch eine materielle Voraussetzung des Erwerbes des Eigentums durch den Dritten, doch nicht dessen eigentlichen Rechtsgrund bildet. Aus diesen beiden Merkmalen, der Charakterisierung des Tatbestandsmerkmales der anvertrauten Sache als einer nicht dem eigentlichen Rechts- und Klagegrund angehörenden Voraussetzung und der den Willen des Gesetzes widerspiegelnden Fassung, ersehen wir für die Beweislastlehre, daß der unfreiwillige Besitzverlust als Verneinung des Anvertrautseins der Sache eine keimzerstörende Tatsache der vom Erwerber in Anspruch genommenen Rechtswir-

[14]) Gierke S. 563 und Laband S. 109 (Vermögensrechtl. Klage nach den sächs. Quell. d. Mittalt.).

kung darstellt und deren Beweis somit dem obliegt, der die Begründung des Eigentums in der Person des Dritten leugnet.

Daß der ein Recht im Keime zerstörenden Tatsache ein weiterer Tatumstand wiederum ihre zerstörliche Wirkung rauben und somit das bestrittene Recht bestehen lassen kann, sehen wir am Tatbestand des § 935 Abs. 2. Er lautet: „Diese Vorschriften (§ 935 Abs. 1) finden keine Anwendung auf Geld oder Inhaberpapiere, sowie auf Sachen, die im Wege öffentlicher Versteigerung veräußert werden." Das Vorliegen dieser drei im Gesetz genannten Tatumstände ist zunächst eine Bedingung für die Wirkung der keimzerstörenden Tatsachen des Abhandenkommens. Der Beweis jedoch dafür, daß sie vorhanden sind, z. B. die Veräußerung durch öffentliche Versteigerung[15]) ist demjenigen aufgebürdet, dessen Erwerb durch den Beweis des Abhandengekommenseins der Sache vom Richter nicht anerkannt würde.

Auch hinsichtlich des Merkmales der anvertrauten Sache kommt das österr. Gesetzbuch zu einer anderen Beweislastverteilung. Sie entspricht dem unserem Recht entgegengesetzten Gedanken, daß das Anvertrautsein der Sache ein spezifisch rechtsbegründendes Tatbestandsmerkmal des Rechtserwerbs vom Nichteigentümer bildet. Dies ist in § 368 in den Worten zum Ausdruck gekommen: „Die Eigentumsklage findet gegen den redlichen Besitzer einer Sache nicht statt, wenn er beweist, daß er diese Sache entweder in einer öffentlichen Versteigerung . . . oder gegen Entgelt von jemanden an sich gebracht hat, dem sie der Kläger selbst zum Gebrauch, zur Verwahrung, oder in was immer für einer anderen Ansicht anvertraut hatte. In diesem Falle wird von den redlichen Besitzern Eigentum erworben."[16])

II. Die Eigentumsvermutung des § 1006 und ihr Einfluß auf die Beweislastverteilung in den Fällen der §§ 929 bis 936.

Die für den Eigentümer einer Sache sich ergebende Notwendigkeit, noch nach geraumer Zeit im Prozesse in Ermangelung des Rechtstitels der Ersitzung, als den Rechtsgrund eines rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerbs Einigung und Uebergabe der Sache beweisen zu müssen, bedeutet wegen der Schwierigkeit des Beweises eine Zumutung, die man im Interesse des Verkehrs dem Erwerber der Sache nicht machen zu dürfen glaubte. Man

---

[15]) Daß es sich um Geld oder Inhaberpapiere handelt, bedarf wegen der Offenkundigkeit wohl selten des Beweises.

[16]) Ebenso Luzerner Gesetzbuch § 255.

stellte daher in § 1006 eine Rechtsvermutung dahingehend auf, daß zugunsten des gegenwärtigen Eigenbesitzers einer Sache vermutet wird, daß er Eigentümer der Sache ist, zugunsten des früheren Besitzers jedoch, daß er während der Dauer seines Besitzes, also bis zum Verluste desselben, Eigentümer gewesen ist.

In enger Anlehnung an § 935 schließt das Gesetz die Eigentumsvermutung aus, wenn sie einem früheren Besitzer gegenüber geltend gemacht wird, dem die Sache abhanden gekommen war.[17])

Bei der Betrachtung der Stellung der Gesetzesvermutung in der Beweislastlehre sahen wir, daß eine Vermutung, sei es eine Tat- oder Rechtsvermutung, keine Aenderung oder Verschiebung in der grundsätzlich bestehenden Beweislastverteilung herbeiführt. Der die Vermutung enthaltende Rechtssatz bewirkt lediglich eine Erleichterung der beweispflichtigen Partei, der die Vermutung zugute kommt. So bewirkt denn die Vermutung des § 1006, daß der Erwerber einer Sache, der, mag er von einem Eigentümer oder Nichteigentümer die Sache übertragen erhalten haben, nach unseren obigen Darlegungen stets grundsätzlich die Beweislast für die stattgehabte Einigung und Besitzübertragung trägt, seiner Beweislast genügt, wenn er beweist, die Sache zu besitzen oder in der fraglichen Zeit besessen zu haben. Die Vermutungsbasis bildet der Eigenbesitz. Wendet also der Gegner ein, die Partei besitze nur als Mieter, Nießbraucher oder als sonstiger Fremdbesitzer, so trägt letztere für den Beweis ihres Eigenbesitzes die Verantwortung.

Wie der Erwerber des Eigentums im Streitfalle nur die Entstehung des Rechtes zu behaupten und zu beweisen hat, so geht auch die Vermutung des § 1006 Abs. 1 nur dahin, daß der Besitzer beim Besitzerwerb das Eigentum erworben hat.[18])

Gegen die Vermutung ist der Beweis des Gegenteils als einer keimzerstörenden Tatsache zulässig. Dem Gegner, der behauptet, daß der Besitzerwerb nicht zum Eigentumserwerb geführt hat, obliegt also der Nachweis, daß der Besitzerwerb nicht den Eigentumserwerb nach sich gezogen hat. Dies ist ihm möglich, wenn er nachweist, entweder, daß der Erwerber im Zeitpunkt der

---

[17]) Daß eine Sache, die einem Besitzer abhanden gekommen war, der nicht in einem Verhältnis des § 868 zum Eigentümer stand, z. B. der Dieb, nicht schon längst auch dem Eigentümer abhanden gekommen war, ist nicht gut denkbar.

[18]) Vgl. Wolff S. 46 f.

Uebertragung des Besitzes in bösem Glauben war,[19]) oder daß die Sache „abhanden gekommen war". Daß der Gegner für diese beiden Tatumstände die Beweislast trägt, geht bereits aus § 935 hervor. Ebenso hat der Umstand, daß die betreffende Sache abhanden gekommen war, dann nicht eine die Vermutungswirkung erstickende Kraft, wenn die Sache Geld oder ein Inhaberpapier ist. Diese Tatsache wirkt also gegenüber einer keimzerstörenden Tatsache selbst wieder keimzerstörend. Ihr Beweis, der meist bereits durch das Vorbringen des Gegners geführt ist, obliegt der Partei, die sich auf die Vermutung des § 1006 beruft.

So hat denn die Vermutung des § 1006 lediglich die Bedeutung, daß der Besitzer einer Sache, der behauptet, ihr Eigentümer zu sein, im Beweise seines Rechtsgrundes, der erfolgten Einigung und Uebergabe, erleichtert ist. Diese Erleichterung greift demnach nicht Platz, wenn der Eigentümer, der auf Herausgabe seiner Sache klagt, niemals den Besitz derselben gehabt hatte. (Er hat z. B. von einem Eigentümer, dem die Sache gestohlen worden war, auf Grund des § 931 erworben). Im Falle des Erwerbs von Nichtberechtigten wird jedoch der Erwerber sich stets auf die Vermutung des § 1006 stützen können, da ja den Rechtsgrund seines Erwerbs der Besitzübergang bilden muß.

Die Ansicht Leonhards,[20]) die Ableitung einer Beweislastverteilung aus den §§ 932—935 sei völlig überflüssig, da sie sich aus § 1006 ergebe, kann nicht geteilt werden. Im Gegenteil, die Beweislastverteilung im Fall des § 1006 ergibt sich erst aus der der §§ 932—935. Nehmen wir an, der § 932 hätte die Fassung des § 877 des Entwurfes 1; könnte dann noch auf Grund des § 1006, bezüglich der Beweisbedürftigkeit des guten Glaubens, entschieden werden wie bisher? Nein; § 1006 enthebt den Beweisbelasteten nur des Beweises seines Erwerbstitels, seines Rechtsgrundes (Einigung und Uebergabe oder Ersitzung usw.), in keiner Weise läßt er jedoch erkennen, wer den guten oder bösen Glauben zu beweisen hat, wenn der Vermutungsgegner dargetan hat, daß der vermutete Eigentumserwerb sich von einem Nichtberechtigten herleitet. Auch auf die „das Abhandenkommen" betreffende Beweislastregelung

[19]) Vgl. Code civil Art. 2279; Endemann 2 353.
[20]) S. 413.

lassen sich aus § 1006 keine direkten Schlüsse ziehen. Seine Fassung in Satz 2 1. Halbsatz weist zwar auf eine unserem Ergebnis entsprechende Verteilung hin, doch sie begründet sie nicht, da sie sich nur in Verbindung mit § 935 erklären läßt.

Die Vermutungen des § 1006 Abs. 1 und 2 verwischen ein wenig das klare Bild der Beweislastverteilung, wie man es sich auf Grund der Beweisbedürftigkeit der einzelnen Tatbestandsmerkmale der §§ 932 ff. hätte machen können. Grundsätzlich bleibt freilich die Verteilung der Beweise im Prozesse so bestehen, wie wir sie bei den einzelnen Tatumständen kennen gelernt haben. Das Eingreifen der gesetzlichen Vermutung des § 1006 hat eben nur zur Folge, daß es äußerst selten zu einem Beweis der stattgehabten Einigung und Uebergabe kommen wird.

III. Beispiele.

Erstens: Fall 1 (einfachster Fall).

A. klagt gegen B. auf Rückgabe einer Statue, die er dem Beklagten als Sicherheit für eine nunmehr erloschene Forderung übergeben habe. B. behauptet, das Eigentum des Klägers sei untergegangen, da er ihm den Kunstgegenstand geschenkt habe. Daß dem B. das Wertobjekt von A., dem Eigentümer, übergeben worden ist, bestreitet A. nicht, nur leugnet er, dem B. in Schenkungsabsicht Eigentum übertragen zu haben.

Das Gericht erkennt schließlich auf einen Eid, den B. dem A. zuschiebt, des Inhalts: Es ist nicht wahr, daß ich die Statue dem B. geschenkt habe.

Ein solches Urteil wäre irrig, da es auf einer Verkennung der Beweislast beruhte. An und für sich ist ja richtig, daß B. den Verlust des Eigentums des Klägers und seinen Eigentumserwerb beweisen und demnach den Eid über die stattgehabte Einigung dem Kläger zuschieben muß. Ganz übersehen wird jedoch hierbei die Vermutung des § 1006, die dem Beklagten auf Grund seines Besitzes des Entstehungsgrundes seines Rechts, der Einigung und Uebergabe, enthebt. Die Vermutung ändert freilich nichts an der grundsätzlichen Beweispflicht des Beklagten; er erfüllt diese nur, indem er jenen Vermutungsrechtssatz in Anspruch nimmt und dessen rechtsbegründende Tatsache, den Besitz, beweist.

Dem Kläger steht es offen, diesem Vermutungsrechtssatz seine Wirkung zu nehmen, wenn er die keimzerstörende Tatsache beweist, daß ihm die Statue abhanden gekommen sei. Gelänge

ihm dies, dann käme die grundsätzliche Beweispflicht des Beklagten wieder zum Vorschein; dessen Sache wäre es dann, direkt Einigung und Uebergabe zu beweisen. Da nach unserem Tatbestand dem Kläger dieser Beweis nicht möglich ist, so bleibt ihm nur übrig, die Vermutung durch den Beweis des Gegenteils zu widerlegen und die keimzerstörende Tatsache darzutun, daß der Besitzerwerb des Beklagten nicht zum Eigentumserwerb geführt habe. Wenn es auch auf der einen Seite für die Wirksamkeit der Vermutung ohne Bedeutung ist, ob der Besitzer eine bestimmte Tatsache, durch die sein Eigentum begründet worden sei, angeführt oder sich auf die allgemeine Behauptung seines Eigentums beschränkt hat, so ist doch auf der anderen Seite selbstverständlich, daß Kläger nur durch den Beweis der einzelnen Umstände des Falles den Richter davon überzeugen kann, daß Beklagter wegen Mangels der Einigung das Eigentum nicht erworben hat. Vermag er nicht solche Tatsachen anzuführen, so ist er, um sich vor Verlust zu wahren, als beweisbelastete Partei genötigt, dem Beklagten den Eid darüber zuzuschieben, daß er das Kunstobjekt von ihm als Geschenk erhalten habe. Daraus ersehen wir, daß obiges Urteil unrichtig war.

Zweitens: Fall 2.

B. übergibt die Statue seinem Gläubiger C. als Pfand; diesem wird es von D. gestohlen und an den Kunsthändler D. verkauft. E. fällt in Konkurs; in öffentlicher Versteigerung wird die Statue von F. erstanden, der in ihr ein Gegenstück zu der seinem Freunde B. gehörigen Statue zu erkennen glaubt. B. klagt gegen F. auf Herausgabe der ihm gehörigen Statue.

Er bringt in der Klage vor: 1. F. sei beim Erwerb des Eigentums nicht in gutem Glauben gewesen und 2. das Kunstwerk sei ihm bzw. seinem Besitzmittler, abhanden gekommen.

Der Beklagte F. leugnet, daß B. noch Eigentümer sei; er hat zu diesem Zweck grundsätzlich zu behaupten und zu beweisen, daß das Eigentum dort untergegangen und auf ihn, gemäß §§ 932 ff., übergegangen sei. Die Besitzvermutung des § 1006 läßt nun, wie wir sahen, diese grundsätzliche Beweislastverteilung bestehen, sie befreit jedoch F. vom Beweise der Einigung und Uebergabe. Sein Beweis ist vorläufig erbracht.

Der Beweis des „Gegenteils“ kann sich zunächst gegen die

Tatsache richten, daß F. im maßgebenden Zeitpunkt in gutem Glauben gewesen sei. Alle die Tatsachen, aus denen hervorgeht, daß F. den Mangel des Rechts seines Vorgängers E. gekannt oder in grober Fahrlässigkeit nicht gekannt hat, gehören als keimzerstörende zum Replikgrund des Klägers.

Da jedoch dem Kläger dieser Beweis wahrscheinlich nicht gelingt, so führt er selbst noch an, daß ihm die Statue gestohlen worden und daher der vom Beklagten behauptete Eigentumsuntergang nicht eingetreten sei. Wir haben bereits ersehen, daß auch dieser keimzerstörende Umstand zum Replikgrund des Klägers gehört. Die vom Kläger geltend gemachte Rechtswirkung des Nichtentstandenseins des Eigentums des Beklagten hängt jedoch nach § 935, II davon ab, daß die abhandengekommene Sache nicht im Wege öffentlicher Versteigerung an den Erwerber gekommen sei. Doch gehört das Nichtvorliegen dieses Tatumstandes nicht zum Replikgrund des Klägers, sondern als keimzerstörende Tatsache gegenüber eines anderen keimzerstörenden Tatbestandsmerkmales zum Duplikgrund des Beklagten. Daher hat in unserem Falle der Beklagte zu beweisen, daß er die Statue in einer öffentlichen Versteigerung erworben habe. Dieser Beweis gelingt ihm. Den ihm vom B. zugeschobenen Eid, daß es nicht wahr sei, daß er von dem Nichteigentum seines Vorgängers E. etwas gewußt habe, leistet er. Die Klage des B. wird deshalb abgewiesen.

Drittens: Fall 3.

Jetzt klagt C. gegen F. auf Herausgabe der Statue an ihn, da er ein Pfandrecht an ihr habe.

F. behauptet, durch seinen Eigentumserwerb sei das Pfandrecht des C. untergegangen. Wollte C. den Eigentumserwerb des F. bestreiten, dann würde er hinsichtlich der Beweislastverteilung die nämliche Stellung einnehmen wie oben B., der sein Eigentum geltend macht.

Gesteht er jedoch den Eigentumserwerb des F. zu, so bleibt ihm nur übrig, zu behaupten, F. habe bei seinem Eigentumserwerb das Pfandrecht gekannt oder kennen müssen. Für diese Behauptung trägt C. die Beweislast; denn in ihr liegt das Vorbringen einer keimzerstörenden Tatsache.

Schluß.

Beweislast und Beweiswürdigung.

Wir hatten bei der Darlegung der Beweislast grundsätzlich des öfteren Gelegenheit genommen auf die für unsere Lehre fundamentale Bedeutung einer strengen und vollständigen Scheidung zwischen dem, was man die abstrakte Beweislast, und dem, was man die (auf der konkreten Prozeßentwicklung fußende) freie Beweiswürdigung des Richters nennt. Wieviel Verwirrung hat doch die Vermengung dieser beiden Begriffe in unserer Lehre angerichtet. Welch verderblichen Einfluß haben diejenigen ausgeübt, welche den allgemeinen Erfahrungssätzen, die, aus der Beobachtung des Lebens, des Tuns und Treibens der Menschen abgeleitet, für den Richter die Grundlage der Erkenntnis der Wahrheit oder der Unwahrheit der Parteienbehauptung bilden, die Kraft zuschrieben, die Beweislastverteilung zu regeln, sie zu „verschieben",[1]) zu „durchbrechen" und zu „durchkreuzen".[2]) Hat man nicht versucht, durch die Bezeichnung der Erfahrungssätze als Vermutungen hierauf ein ganzes Beweislastsystem aufzubauen oder nach dem, was im Leben als normal und anomal, als Regel und Ausnahme erscheint, auch die Beweise zu verteilen? Unbeeinflußt von dem tatsächlichen Vorbringen der Parteien, gleichsam über ihm, steht im Prozeß die grundsätzliche Beweislast; denn alles, was die Parteien anführen, wird vorgebracht mit Rücksicht auf die sie treffende Beweispflicht. Gelingt es der Partei, daß der Richter auf Grund eines Erfahrungssatzes die Ueberzeugung von der Wahrheit eines Tatbestandes gewinnt, so erfüllt sie einfach die ihr obliegende Beweislast, sie erbringt den Beweis.

Wann der Richter überzeugt ist, wann ihm der Beweis erbracht ist, dies zu entscheiden liegt ganz in seinem Ermessen, es müßte denn sein, daß das Gesetz ausdrücklich eine Beweisregel aufstellt. Soweit dies aber nicht der Fall ist, kann ihm kein oberes Gericht unter dem Titel einer Verkennung der Beweislast vorschreiben, wann er von der Wahrheit eines Vorbringens überzeugt sein muß.

Einen überaus bedenklichen Eingriff begeht nun in einer seiner[3]) jüngsten Entscheidungen das Reichsgericht in die

---

[1]) Beckh S. 13 und 221 ff.

[2]) Staub S. 25 Anm. 58.

[3]) RG. 79 439.

Sphäre der freien richterlichen Beweiswürdigung unter dem Titel einer irrtümlichen Beweislastverteilung: es handelt sich darum, ob drei von den nämlichen Kontrahenten geschlossenen Geschäfte aus § 139 nichtig sein sollen, weil ein Geschäft nichtig sei. Das Reichsgericht erkennt zunächst an, daß es der Vertragsfreiheit der Parteien anheimsteht, ob sie die mehreren Geschäfte rechtlich als selbständig behandeln wollen oder nicht; daher trage auch grundsätzlich die die Gültigkeit der einzelnen Geschäfte in anspruchnehmende Partei die Beweislast, wenn sie behauptet, daß die Geschäfte nicht als ein einheitliches Geschäft gewollt sind. Dann fährt das Reichsgericht aber fort: „Wenn und so weit nun mehrere Geschäfte rechtlich und tatsächlich von einander unabhängig bestehen können und dies auch schon äußerlich von den Kontrahenten als mehrere Geschäfte in verschiedenen Urkunden behandelt worden sind, dann spricht schon die allgemeine Lebenserfahrung und deshalb die Vermutung dafür, daß die auch nach dem Vertragswillen der Partei als verschiedene selbständige Geschäfte gelten sollen. Die Beweislast, daß hiervon abweichend die mehreren Geschäfte dennoch als Ganzes nur als ein einheitliches Geschäft gewollt sind, trifft diejengie Partei, welche dies behauptet."

Zunächst ist auf den m. E. schweren Fehler hinzuweisen, daß das Reichsgericht auf Grund reiner, auf Lebensregeln ruhenden Laienvermutung eine Verschiebung der grundsätzlichen Beweislastverteilung vornimmt. Als noch viel bedenklicher müssen wir jedoch den Eingriff bezeichnen, durch den das Reichsgericht eine rechtsirrige Beweislastverteilung vorschützend, die freie Beweiswürdigung des Richters einer Revision unterzieht, und von ihm verlangt, wider seine eigene Ueberzeugung eine Behauptung als wahr anzunehmen, nicht weil eine Rechtsvermutung, sondern eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit auf Grund der äußeren Erscheinung dafür spreche. Nach dem Reichsgericht trifft dann den Gegner die Beweislast der Unwahrheit der „vermuteten Tatsache", während nach richtiger Ansicht er höchstens einen auf die Erschütterung der richterlichen Ueberzeugung abzielenden Gegenbeweis führt, wenn er die Nichtanwendbarkeit des Erfahrungssatzes behauptet oder Umstände darlegt, welche geeignet sind, trotz des Erfahrungssatzes im Richter Zweifel an der Wahrheit des vorgeführten Tatbestandes zu erwecken.

Zum Schlusse wollen wir nicht unerwähnt lassen, daß man in ganz extremer Weise sogar verlangt, man solle es dem rich-

terlichen Ermessen überhaupt überlassen, zu entscheiden, welche Partei den Beweis zu führen habe. Kohler[4]) erklärt z. B., „mit dem Augenblick, wo die freie richterliche Beweiswürdigung eintrat, sei die Herrschaft der Beweislast zu Ende. „Er begründet dies damit, daß der Richter jederzeit in der Lage sei, sich durch Auferlegung eines richterlichen Eides über die Schwierigkeiten der Beweislast hinwegzusetzen, deren „ganze Verteilung doch nur auf einer schablonenhaften Billigkeitserwägung beruhe." Diese Ausführungen sind irrig und gefährlich. Nicht nur die Praxis, die täglich sich wiederholenden Fälle, in denen eine Partei infolge Nichterfüllung der sie treffenden Beweislast den Prozeß verliert, geben Kohler unrecht; auch die Begründung seiner Ansicht ist nicht stichhaltig. Schon der Umstand, daß häufig überhaupt kein Beweis geführt wird oder ein richterlicher Eid nicht möglich ist, zeigt uns die Notwendigkeit einer prinzipiellen Beweislastverteilung. Das Hauptbedenken, das wir der Ansicht Kohlers entgegen halten, besteht darin, daß mit ihrer Durchführung die Grundfesten unserer Rechtsprechung, Rechtssicherheit und -Beständigkeit, ins Wanken gerieten und notwendigerweise der Willkür der richterlichen Entscheidungen Platz machen müßten. Dies Ergebnis jedoch durch Aenderung der Gesetzgebung herbeizuführen, wäre ein sehr gefährlicher Mißgriff.

---

[4]) Enzykl. 2 114.

Lebenslauf.

Verfasser ist geboren am 28. Dezember 1890 zu Nürnberg als Sohn des Kaufmanns Hermann Mosbacher und seiner Ehefrau Klara geb. Simon. Er besuchte das Kgl. Neue Gymnasium in Nürnberg in den Jahren 1900—1909. Philosophischen, rechts- und staatswissenschaftlichen Studien oblag er hierauf während der ersten drei Semester an der Universität München, während je eines Semesters an den Universitäten Genf und Berlin, während der letzten drei Semester an der Universität Würzburg. Der Zwischenprüfung unterzog er sich im März 1911 an der Universität München, der theoretischen Prüfung (Vorprüfung) im Juni 1913 an der Universität Würzburg.

Die mündliche Schlußprüfung bestand er am 10. Juli 1913, die Doktorprüfung am 21. Juli 1913 summa cum laude.

Kurt Mosbacher.